Die Rechtsstellung der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Gerhard Julius Freiesleben
Referendar.

ACAD. LAND RAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Meinem Vater

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung: Die Gesellschaft m. b. H. und ihre Organe	1
§ 2.	I. Die allgemeinen Bestimmungen über die Geschäftsführer	13
	II. Die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer.	
§ 3.	Die Fähigkeit zum Geschäftsführer	17
§ 4.	Die Bestellung der Geschäftsführer	19
§ 5.	Die Eintragung der Bestellung	25
§ 6.	Die Beendigung des Geschäftsführeramts	29
§ 7.	Die rechtliche Natur der Bestellung und Abberufung	33
	III. Die Funktionen der Geschäftsführer.	
§ 8.	Im allgemeinen	39
	A. Die Vertretungsfunktion.	
§ 9.	Der Träger der Vertretungsmacht	41
§ 10.	Begriff und Umfang der Vertretungsmacht	46
§ 11.	Von der Vertretung in den Rechtsgeschäften insbesondere	51
§ 12.	Die gerichtliche Vertretung	56
§ 13.	Die Wirkungen der unerlaubten Handlungen der Geschäftsführer für die Gesellschaft	62
§ 14.	Das Verhältnis der Geschäftsführer zu den sonstigen Vertretern der G. m. b. H.	69
§ 15.	B. Die Verwaltungsfunktion	75
	IV. Das innere Verhältnis zwischen Geschäftsführern und Gesellschaft.	
§ 16.	Im allgemeinen	82
§ 17.	Die gesetzlichen Pflichten der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft. Insbesondere ihre Haftung	91
§ 18.	Die Rechte der Geschäftsführer gegen die Gesellschaft	104
§ 19.	V. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsführer	111

Literaturverzeichnis.

Archiv für civilistische Praxis. Bd. 73. Freiburg 1888. (S. 161 f., Laband, Zum 2. Buch des Entw. eines BGB.)

Bauer, Das Aktiengesetz in der Fassung des neuen HGB. Leipzig 1899.

Beckmann, Die rechtliche Stellung des Vorstandes der Aktiengesellschaft. Leipziger Dissertation 1905.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. I. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Birkenbihl, Reichsgesetz betr. die G. m. b. H. Berlin 1893.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB., herausgegeben von Jäntsch, Berlin 1899.

Denkschrift zum Entwurf eines HGB. Berlin 1897. (Reichstagsvorlage.)

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 2. Aufl. 1902, Bd. 2, 1. Abt., 3. Aufl. 1905. 2. Abt., 3. Aufl. 1906.

Deutsche Juristenzeitung. Jahrg. 1902.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Förtsch, Gesetz betr. die G. m. b. H. 2. Aufl. Leipzig 1899.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 6. u. 7. Aufl. Tübingen u. Leipzig 1904.

Gesetzentwurf betr. die G. m. b. H. Aktenstück Nr. 660 des Reichstags. 8. Legislaturperiode. 1. Session. Anlagebd. 5 der Stenographischen Berichte. Berlin 1892.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. Leipzig 1895.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl. Berlin 1902.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1905.

Goldmann und Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.

Gunzinger, Die Vertretungsmacht des Vorstands der Aktiengesellschaft. Leipziger Dissertation 1902.

Haase, Die rechtliche Stellung der Geschäftsführer einer G. m. b. H. Erlanger Dissertation, Berlin 1896.

Hergenhahn, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Berlin 1891.

Hergenhahn, Der Vorstand der Aktiengesellschaft. Leipzig 1893.
Hoeland, Die Organe der Aktiengesellschaften. Erlanger Dissertation 1886.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
Hölder, Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins, Berlin.
Kayser, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Berlin 1891.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft. Jena 1901.
Lauterbach, Die rechtliche Stellung des Vorstands einer Aktiengesellschaft. Göttinger Dissertation 1890.
Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften. Bd. 2. Berlin 1904.
Lehmann und Ring, Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1902.
Liebmann, Kommentar zum Gesetz betr. die G. m. b. H. 4. Aufl. (auf Grund des Hergenhahnschen Kommentars). Berlin 1899.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 12. Aufl. Berlin 1901.
Makower, Handelsrechtliche Nebengesetze. (Des Kommentars 3. Bd.) Berlin 1900.
Merzbacher, Reichsgesetz betr. die G. m. b. H. 2. Aufl. München 1904.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. 1. Berlin 1888.
Neukamp, Reichsgesetz betr. die G. m. b. H. 2. Aufl. Berlin 1901.
Neumann, Handausgabe des BGB. 4. Aufl. Bd. 1. Berlin 1905.
Parisius und Crüger, Reichsgesetz betr. die G. m. b. H. 3. Aufl. Berlin 1901.
Petersen, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 5. Aufl. Lahr 1904.
Pinner, Das deutsche Aktienrecht. Berlin 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.
Portaszewicz, Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands der Aktiengesellschaft. Leipziger Dissertation 1905.
Preuß, Stellvertretung oder Organschaft (in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 44 S. 429 f.). Jena 1902.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 1. Berlin 1897.
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Leipzig 1893.
Renaud, Recht der Aktiengesellschaften. 2. Aufl. Leipzig 1875.
Ring, Das Reichsgesetz betr. Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. 2. Aufl. Berlin 1893.
Rosenthal, Reichsgesetz betr. die G. m. b. H. Leipzig 1901.
Schloßmann, Organ und Stellvertreter (in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 289 f.).
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. München 1904.
Staub, Kommentar zum Gesetz betr. die G. m. b. H. Berlin 1900.
Staub, Kommentar zum HGB. Bd. 1. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1903.
Sydow und Busch, Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. Berlin 1901.
Tuchmann, Die Mitglieder und Organe der G. m. b. H. Erlanger Dissertation 1896.
Vagt, Die Rechtsstellung des Vorstands eines nicht rechtsfähigen Vereins nach dem BGB. Leipziger Dissertation 1905.

§ 1.

Einleitung.

Die Gesellschaft m. b. H. und ihre Organe.

Der Inhalt des Reichsgesetzes vom 20. 4. 1892, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, läßt die enge Verwandtschaft der durch dieses Gesetz neugeschaffenen Gesellschaftsform mit der Aktiengesellschaft erkennen, als deren vereinfachte Form sie erscheint. Eine Anzahl der strengen Vorschriften, die namentlich das neuere Aktienrecht bei der außerordentlichen Bedeutung der Aktiengesellschaft für das Verkehrsleben und namentlich für großkapitalistische Unternehmungen aller Art zum Schutze der Allgemeinheit für nötig hielt, sind bei der G. m. b. H. gemildert, entsprechend der geringeren Bedeutung dieser Gesellschaftsform, die von vornherein mehr für bescheidenere Unternehmungen geschaffen ist. Dem freien Selbstbestimmungsrecht der Gesellschafter ist ein viel weiterer Spielraum gelassen.

An Stelle des Vorstands, der als Hauptorgan der Aktiengesellschaft deren Repräsentation nach außen führt und sonach ihre Rechtsbeziehungen zur Außenwelt vermittelt, treten bei der G. m. b. H. die Geschäftsführer. Auch sie sind natürliche Personen, die, um den Ausdruck des Gesetzes selbst (§ 35) zu gebrauchen, die Gesellschaft „vertreten". Ihre Rechtsstellung hat also, wie jedes Vertretungsverhältnis, zwei Seiten: einerseits das nach außen in die Erscheinung tretende Repräsentationsverhältnis, andererseits das innere Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen, auf das sich jene Repräsentationsmacht gründet.

Eine genaue Beurteilung der Rechtsstellung der Geschäftsführer kann natürlich nur gewonnen werden, nachdem über das Wesen des von ihnen repräsentierten Personenverbands Klarheit geschaffen worden

ist. Die rechtliche Beurteilung der G. m. b. H. selbst hat demnach den Ausgangspunkt der gesamten Darstellung zu bilden.

Seit den grundlegenden Darstellungen Beselers[1]) und Gierkes[2]) pflegt man die Personenverbände in Vereine (Körperschaften) und Gesellschaften zu scheiden. Obwohl neuerdings bekämpft,[3]) entspricht diese Scheidung doch der herrschenden Meinung und ist namentlich vom geltenden Rechte anerkannt. Denn auch dieses kennt Personenverbände, die selbständig Subjekte von Rechten und Pflichten sind (rechtsfähige Vereine), und solche, denen die Rechtsfähigkeit mangelt, bei denen vielmehr die verbundenen Einzelpersonen die Subjekte von Rechten und Pflichten sind (Gesellschaften). Das Bürgerliche Gesetzbuch insbesondere erkennt das Vorhandensein von personenrechtlichen Verbänden mit eigener Rechtsfähigkeit unter dem Begriff der „rechtsfähigen Vereine" ausdrücklich an und stellt ihm die obligationenrechtliche „Gesellschaft" (§ 705 f.) als rechtsunfähige Personenmehrheit gegenüber. Mit der Schaffung des „rechtsunfähigen Vereins" (§ 54), eines personenrechtlichen Verbands ohne eigene Rechtsfähigkeit, schafft es allerdings ein eigentümliches Mittelglied zwischen beiden und durchbricht gewissermaßen die erwähnte Scheidung; denn es ist nicht zu verkennen, daß sowohl der Zurechnung zu den Körperschaften, wie sie Gierke[4]) vertritt, große Bedenken entgegenstehen, wie auch eine Identifizierung mit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, so nahe sie nach § 54 BGB liegt, namentlich der vom Prozeßrecht anerkannten teilweisen Parteifähigkeit wegen nicht angebracht erscheint.[5]) Die grundsätzliche Anerkennung der beiden Typen aber, des rechtsfähigen Vereins einerseits, der Gesellschaft andererseits, wird dadurch nicht aufgehoben. Soweit im folgenden „Verein" und „Gesellschaft" einander gegenübergestellt werden, soll unter ersterem darum nur der rechtsfähige Verein als die Normalform des Vereins verstanden werden.

Das Wesen des Vereins besteht also darin, daß er eine von den Personen seiner Mitglieder verschiedene, neben ihnen bestehende

---

[1]) Insbesondere in seinem Systeme des deutschen Privatr. I § 66 f.
[2]) Deutsches Privatr. I § 58 f. und Genossenschaftstheorie.
[3]) Hölder, Nat. und jur. Personen.
[4]) Vereine ohne Rechtsfähigkeit.
[5]) Dernburg II S. 606.

Gesamtperson ist, die selbständig ihre, von den Rechten und Pflichten der einzelnen Mitglieder verschiedenen, Rechte und Pflichten hat.

Das Wesen der Gesellschaft besteht im Gegensatz dazu darin, daß durch ihre Begründung kein neues, von den Personen seiner Mitglieder verschiedenes rechtliches Wesen entsteht, sondern nur rechtliche Beziehungen zwischen ihren Mitgliedern, die als solche Subjekte der gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten sind.

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich alle Folgerungen für das Wesen beider Typen.

Auf der einen Seite also steht eine selbständige Verbandsperson im Vordergrund, die neben den Einzelpersonen ihrer Mitglieder existiert, also zwar ohne Mitglieder nicht bestehen kann, aber von den Personen ihrer Mitglieder derart unabhängig ist, daß sie auch den Wechsel, d. h. den Ein- und Austritt von Mitgliedern verträgt, ohne daß ihre Rechte und Pflichten nach außen dadurch berührt werden. Sie ist, wie Gierke[6]) sich zutreffend ausdrückt, eine reale Gesamtperson. Sie ist keine persona ficta, d. h. keine nicht wirklich existierende, sondern nur zum Zwecke der Anknüpfung gewisser rechtlicher Beziehungen als existierend gedachte, wie sie die romanistische Sozietätslehre hinstellt. Sie ist auf der andern Seite allerdings eine unsichtbare, gedachte, „transzendente" Persönlichkeit, wie der Staat dies ist, nicht entstanden durch einen natürlichen Vorgang wie die Einzelperson, sondern geschaffen durch eine rechtliche Konstruktion.[7]) Sie ist insbesondere nicht identisch mit der jeweiligen sichtbaren Gesamtheit ihrer Mitglieder.

Als reale Gesamtperson, also als selbständiges Rechtssubjekt tritt der Verein insbesondere der Außenwelt gegenüber. Mit diesem selbständigen Rechtssubjekte schließt der Dritte Rechtsgeschäfte ab; dies Rechtssubjekt wird sein Gläubiger oder Schuldner, ihm gegenüber verfolgt er seine Rechte, ihm gegenüber verwirklicht er seine Ansprüche, indem er sich an das ihm haftende Vermögen des Vereins als solchen hält. Daß der Dritte nicht mit der jeweiligen Mitgliedergesamtheit in Rechtsbeziehungen tritt, geht gerade daraus hervor, daß er sich nicht etwa an die Gesamtheit der Personen hält, die gerade

---

[6]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 5 und an vielen anderen Stellen.

[7]) Goldmann u. Lilienthal S. 48.

zur Zeit des Abschlusses jener Beziehungen Mitglieder waren, sondern an den Verein an solchen, gleichviel, ob dieser inzwischen lauter neue Mitglieder bekommen hat. Daraus ergibt sich deutlich die Verschiedenheit der realen Gesamtperson von der jeweiligen Gesamtheit ihrer Mitglieder. Denn eine Rechtsnachfolge der eingetretenen neuen Mitglieder in die zwischen den alten und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisse kann deshalb nicht angenommen werden, weil der Dritte, soweit er Gläubiger ist, diese genehmigen müßte. Von jeher hat aber niemand daran gedacht, den Wechsel der Mitglieder eines Vereins von der Zustimmung der Gläubiger des Vereins abhängig zu machen.

Bei der *Gesellschaft* dagegen steht keine Gesamtperson, sondern stehen die *einzelnen Mitglieder* im Vordergrund. Rechte und Pflichten der Gesellschaft sind nur gemeinsame Rechte und Pflichten der Gesellschafter; ein Wechsel der Mitglieder ist der Natur der Gesellschaft nach an sich nicht zulässig und bringt, soweit er statthaft ist, auch eine Veränderung der Rechte und Pflichten mit sich. Dem Dritten, der mit der Gesellschaft in Beziehungen treten will, treten lediglich die Einzelpersonen entgegen, sei es persönlich, sei es vertreten durch Bevollmächtigte; mit den Gesellschaftern als solchen schließt er seine Rechtsgeschäfte, diese werden seine Gesamtgläubiger und Gesamtschuldner, und er verwirklicht seine Ansprüche gegen sie, indem er sich an das ihnen gemeinsame oder das jedem einzelnen gehörige Privatvermögen hält, letzteres selbst dann, wenn der betreffende Gesellschafter inzwischen aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.[8])

Nach den vorstehenden Ausführungen ist die Frage nach der *rechtlichen Natur* der G. m. b. H. ohne weiteres dahin zu beantworten, daß sie *unter die Vereine* zu rechnen ist. Die grundlegende Bestimmung des Gesetzes in § 13 lautet: Die G. m. b. H. als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten. Die Bedeutung dieser Vorschrift, die der in § 210 HGB. für die Aktiengesellschaft gegebenen wörtlich entspricht, wird besonders durch die Gegenüberstellung des des § 124 HGB. klar: „Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen." Im Gegensatz

[8]) Diesen sich in der *Haftung* äußernden grundlegenden Unterschied erkennt auch *Hölder*, Nat. und jur. Personen, als Unterschied zwischen den von ihm als gleichartigen juristischen Gebilden dargestellten rechtsfähigen und rechtsunfähigen Personenverbänden an, vgl. S. 292 f.

zu dieser, deren Gesellschaftscharakter schon nach § 105 Abs. 2 HGB. nicht zweifelhaft sein kann und von der herrschenden Lehre ganz allgemein bejaht wird,[9]) findet sich bei der erwähnten gesetzlichen Definition der G. m. b. H. eine dreifache Betonung des Vereinscharakters, die in den Worten „sie hat" (statt: kann erwerben), „als solche" und „selbständig" zum Ausdruck kommt. Das „als solche" in Verbindung mit „selbständig" kann gar nicht anders verstanden werden, als daß die Gesellschaft als *selbständiges* Rechtssubjekt hingestellt werden sollte *im Gegensatz* zu ihren Mitgliedern oder der Gesamtheit ihrer Mitglieder.

Ganz besonders zwingt aber die gesetzliche Vorschrift über die *Haftung* dazu, die G. m. b. H. unter die Vereine zu rechnen. § 13 Abs. 2 sagt: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben *nur* das Gesellschaftsvermögen." Daraus, daß nie das Einzelvermögen der Gesellschafter als solcher haftet,[10]) folgt, daß die einzelnen Mitglieder als solche auch nicht die Subjekte der Verbindlichkeiten sein können, denn ein Schuldner, der wegen seiner Schuld nicht mit seinem Vermögen in Anspruch genommen werden kann, ist kein Schuldner. Subjekt der Gesellschaftsverbindlichkeiten ist eben nur die Gesellschaft, deren Vermögen allein für die Schuld in Anspruch genommen werden kann; und daraus ergibt sich ihre Eigenschaft als selbständiges Rechtssubjekt, mithin als Verein.[11])

Dem so deutlich ausgesprochenen Vereinscharakter der G. m. b. H. gegenüber fällt auch nicht mehr ins Gewicht, daß das Gesetz sie als „Gesellschaft" bezeichnet. Das alte deutsche Handelsgesetzbuch hatte bei der Aktiengesellschaft das gleiche getan, obwohl deren Vereinscharakter ebenso feststeht. Es verwandte den Ausdruck ohne Rücksicht auf die zur Zeit seiner Entstehung noch in ihren Anfängen begriffene

---

[9]) vgl. *Staub*, HGB. § 105 Anm. 8; *Puchelt* S. 179; *Lehmann-Ring* S. 217f.; *Goldmann* § 105 Anm. 14; *Cosack* S. 490f.; etwas abweichend nur *Makower* § 105 Ic.

[10]) Selbst die *ausnahmsweise* persönliche Haftung der Aktionäre gegenüber den Gläubigern (§ 217 HGB.) kommt bei der G. m. b. H. nicht vor.

[11]) Der Vereinscharakter der G. m. b. H. wird in der Literatur allgemein bejaht, vgl. sämtliche Kommentare zu § 13 des Gesetzes (*Parisius-Crüger* in der Einleitung S. 22f.), sowie *Dernburg* I, 225 und die bei *Staub* § 13 Anm. 2 ausgeführten Entscheidungen.

Genossenschaftstheorie für alle handelsrechtlichen Personenverbände. Auch der Name „G. m. b. H." entstand ja vor der gesetzlichen, allgemeingültigen Umschreibung des Vereinsbegriffs durch das Bürgerliche Gesetzbuch. Daß auf diesen Namen kein entscheidendes Gewicht gelegt werden darf, erhellt schon daraus, daß er auch im übrigen in doppelter Beziehung nicht glücklich gewählt ist; einmal ist der Ausdruck „mit beschränkter Haftung" ungenau, denn niemand haftet bei dieser Gesellschaftsart beschränkt, sondern das Gesellschaftsvermögen haftet den Gläubigern unbeschränkt, die Mitglieder aber gar nicht; andererseits ist durch den Namen keine hinreichende Abgrenzung gegen die anderen Arten der Personenverbände gegeben, denn jede Aktiengesellschaft ist in demselben Sinne eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.[12])

Die natürlichen Personen, die als Organe für den Verein als solchen einen rechtserheblichen Willen fassen und durch Handlungen betätigen, sind *nicht identisch* mit dem Rechtssubjekt, dem Verein selbst. Sie wollen und handeln vielmehr *für* den Verein. *Organschaft ist also Vertretung.*[22])

Über die *rechtliche Natur der Vertretung eines Vereins durch natürliche Personen* herrscht seit langem Streit. Die eine Richtung[23]) will den Begriff des Organs dahin gefaßt wissen, daß durch das Organ der Verein *unmittelbar* handelt, daß also der Wille des Organs ohne weiteres *Vereinswille*, seine Handlung *Handlung des Vereins* ist. Die andere Richtung[24]) behauptet, daß die natürlichen Personen den Verein vertreten, wie eine Einzelperson die andere vertritt, sodaß also Wille und Handlung der natürlichen Person an sich Wille und Handlung der *letzteren* bleibt, aber für und gegen den Verein als Vertretenen *wirkt*. Nach der letzteren, der „Vertretungstheorie", handelt es sich also um ein Vertretungsverhältnis zwischen *zwei* Rechtssubjekten, von denen das eine für das

---

[12]) Möglicherweise hat das Gesetz den Ausdruck im Hinblick auf die im § 24 enthaltene Gesamthaftung der Mitglieder für rückständige Einlagen gewählt, durch die sich ja die G. m. b. H. wesentlich von der Aktiengesellschaft unterscheidet.

[22]) vgl. *Goldmann* und *Lilienthal* S. 49 Ziff. 5.

[23]) Namentlich *Gierke*, Genossenschaftstheorie S. 614 f. und Deutsches Privatrecht S. 496 f.; *Laband* im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 187 f.

[24]) vgl. bes. *Schloßmann* in Iherings Jahrb. 44 S. 289 f.

andere handelt; nach der „Organschaftstheorie" hingegen handelt die juristische Person selbst und unmittelbar, das Organ tritt nicht als ein von ihr verschiedenes Rechtssubjekt auf, sondern die juristische Person handelt durch dasselbe, wie sich die natürliche Person des Mundes und der Hand zur Abgabe von Willenserklärungen bedient.[25])

Wir schließen uns der herrschenden Organschaftstheorie für das gesamte Vereinsrecht und insbesondere für die Beurteilung der Rechtsstellung der Geschäftsführer einer G. m. b. H. an, aus Gründen, die sich erst im Verlauf der Darstellung im einzelnen ergeben werden.[25a]) Wie gesagt, ist aber auch Organschaft eine Art Stellvertretung, weil eben Organ und Verein nicht identisch sind und jenes für diesen handelt. Organschaft ist aber nicht Stellvertretung nach Individualrecht, sondern nach Sozialrecht. Es finden also nicht die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Stellvertretung ohne weiteres darauf Anwendung. Das Stellvertretungsverhältnis, wie es sich in dem nur für das Vereinsrecht geprägten Begriffe des Organs verkörpert, hat im Individualrecht keinerlei Vorbild[26]) und ist eine im Vereinsrecht eigens zu dem Zwecke geschaffene Institution, um dem Verein als solchen zu seiner Rechtsfähigkeit auch eigene Willens- und Handlungsfähigkeit zu verleihen, ihm also die Möglichkeit zu geben, in eigenem Namen zu handeln.

Es ist nicht zu bestreiten, daß diese organschaftliche Vertretung mit der bürgerlich-rechtlichen Stellvertretung, insbesondere mit der „gesetzlichen Vertretung" eine große Ähnlichkeit besitzt. Nichtsdestoweniger ist der Begriff grundsätzlich verschieden, wie sich vor allem an der näheren Darlegung der Rechtsstellung der Geschäftsführer der G. m. b. H. zeigen wird. Es wird dabei auch nach Möglichkeit zu zeigen sein, daß der Begriff der organschaftlichen Vertretung dem heutigen geltenden Vereinsrecht allein entspricht.

Aus der Natur des Vereins ist der Begriff des organschaftlichen Vertreters dahin zu bestimmen, daß wir darunter natürliche Personen zu verstehen haben, die für den Verein wollen und handeln, den Verein also im gesamten Gebiete seiner Rechtsfähigkeit, der Außenwelt wie seinen Mitgliedern gegenüber, vertreten.

---

[25]) Laband a. a. O.

[25a]) vgl. bes. unten §§ 10 und 13.

[26]) Gierke a. a. O.

Gesetz und Wissenschaft gebrauchen den Ausdruck „Organ" oft in einem weiteren Sinne, indem sie darunter jede natürliche Person verstehen, die in irgend einer Weise als Repräsentant des Vereins als solchen tätig wird, ohne daß sie gerade organschaftlicher Vertreter im bezeichneten Sinne ist. Dies tut z. B. das Gesetz betr. die G. m. b. H. in § 37 Abs. 2 und das BGB. in § 45 Abs. 2; in diesem weiteren Sinne sind der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft und die Revisoren der eingetragenen Genossenschaft Organe. Diese vertreten an sich auch den Verein in gewisser Hinsicht, also zur Aufsicht oder Prüfung gewisser Vorgänge; sie bilden auch Vereinswillen, aber handeln nicht oder nur in beschränktem Umfange für den Verein, sind also keine organschaftlichen Vertreter in unserem Sinne.

Es ist also scharf zu scheiden zwischen dem allgemeinen Organbegriff und dem engern Begriffe des Organs als Träger der gesamten Willens- und Handlungsfähigkeit des Vereins, mithin als Träger der organschaftlichen Vertretungsmacht.

Die G. m. b. H. hat zwei Organe im weiteren Sinne: Die Gesamtheit der Gesellschafter (§ 45 f.) und die Geschäftsführer (§ 35 f.). Organe im engeren Sinne, also organschaftliche Vertreter sind nur die letzteren.

Die Gesamtheit der Gesellschafter ist nicht der Verein selbst, weil dieser ein von der Mitgliedergesamtheit verschiedenes Subjekt ist.[27]) Sie erscheint nicht schlechthin als „Generalversammlung", weil sie ihre Beschlüsse in besondern Fällen auch ohne Versammlung fassen kann (§ 48 Abs. 2). Sie ist nach dem Gesetz Trägerin der Rechte, welche den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen; sie hat gemäß §§ 45, 46 in den ihr durch das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag zugewiesenen Fällen in Angelegenheiten der Gesellschaft durch ihre Beschlußfassung Bestimmungen zu treffen, die den Bestimmungen der Geschäftsführer vorgehen, soweit nicht diese ihrerseits zur Bestimmung zuständig sind. Wir können daraus folgern: Der durch verfassungs- und gesetzmäßigen Beschluß erzeugte Wille der Gesellschaftergesamtheit gilt als Wille des Vereins als solchen; die Gesellschaftergesamtheit ist im Bereiche ihrer Zuständig-

---

[27]) Gierke, Genossenschaftsth. S. 617; für die Aktiengef. besonders Ring, Aktiengef. S. 443; Lehmann, Aktiengef. II S. 153 f.

keit Trägerin der Willensfähigkeit des Vereins. Insofern also repräsentiert sie den Verein und ist im bezeichneten weiteren Sinne dessen Organ.

Dagegen wird man der Gesellschaftergesamtheit die Handlungsfähigkeit für den Verein absprechen müssen. Das Gesetz verleiht ihr solche nicht, denn es gibt ihr in § 46 nur das Recht, zu bestimmen, was in dieser oder jener Hinsicht geschehen soll. Die Ausführung der Beschlüsse dagegen liegt ihr nicht ob; vielmehr sind dazu die Geschäftsführer berufen.[28])

Nur ausnahmsweise wird man ihr die Befugnis zusprechen müssen, ihre Beschlüsse selbst auszuführen und sonach im Namen des Vereins auch zu handeln, nämlich da, wo die Geschäftsführer das nicht können. Dies gilt besonders da, wo die Gesellschaft als solche dem Geschäftsführer gegenüber eine Handlung vornehmen muß, also namentlich in den Fällen des § 46 Ziff. 5, 6 und 8. Die von der Gesellschaftergesamtheit beschlossene Abberufung der Geschäftsführer kann natürlich nicht von diesen selbst vorgenommen werden, sondern muß durch Handlung der Gesellschaftergesamtheit ausgeführt werden. Dasselbe gilt von der Bestellung von Geschäftsführern; diese könnte zwar von bereits vorhandenen Geschäftsführern ausgeführt werden, die im Namen des Vereins mit denjenigen Personen die Anstellungsverträge abschließen, die nach Ablauf ihrer Amtszeit das Amt übernehmen sollen; soweit aber gleichzeitig mit der Bestellung der neuen die bisherigen Geschäftsführer abberufen werden, oder soweit im einzelnen Falle keine Geschäftsführer vorhanden sind, muß die Gesellschaftergesamtheit den Bestellungsbeschluß selbst ausführen. Ebenso müssen die zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung von der Gesellschaftergesamtheit beschlossenen Maßnahmen von ihr selbst ausgeführt werden, da ihr Zweck vereitelt werden würde, wenn die Ausführung den Geschäftsführern selbst überlassen würde. Das gleiche gilt von der Bestellung besonderer Vertreter zum Zwecke der Prozeßführung gegen die Geschäftsführer.

Grundsätzlich ist aber, von allen diesen Fällen abgesehen, wo die

---

[28]) Gierke a. a. O.; Staub, G. m. b. H. § 45 Anm. 5, 6; Förtsch § 45 Anm. 1; Merzbacher § 45 Anm. 2; Neukamp § 45 Anm. 1, für die Aktiengesellschaft insbes. Staub, HGB. § 250 Anm. 3–5; Lehmann, Aktienges. II S. 156 f.; Pinner, Aktienrecht § 250 II.

Gesellschaft als solche den Geschäftsführern gegenübertritt, die Gesellschaftergesamtheit nicht handlungsfähig und darum also nicht Trägerin der organschaftlichen Vertretungsmacht.[29])

Ein etwa nach § 52 bestellter Aufsichtsrat würde in bestimmten Fällen (§§ 246, 247 HGB.) ebenfalls die Gesellschaft als solche vertreten und also für sie handeln, aber gleichfalls nur nach innen, den Geschäftsführern gegenüber.

Nach außen besitzt aber die G. m. b. H. nur ein Organ, welches ordentlicher und ständiger Träger der Handlungsfähigkeit des Vereins ist, die Geschäftsführer. Diese allein sind also grundsätzlich Organ im engeren Sinne und haben die Stellung eines organschaftlichen Vertreters des Vereins als solchen. Damit ist die Stellung der Geschäftsführer als solcher rechtlich gekennzeichnet.

Neben den eigentlichen Geschäftsführern kann die Gesellschaft auch Stellvertreter von solchen bestellen. Auf diese finden ohne weiteres die für die Geschäftsführer selbst geltenden Vorschriften Anwendung (§ 44). Das bedeutet natürlich, daß ihre Rechtsstellung ganz die gleiche ist, und daß demnach auch sie rechtlich Geschäftsführer sind. Ihre Stellung hat nur die eine Besonderheit, daß sie nur dann in Tätigkeit zu treten haben, wenn ein Vertretungsfall vorliegt, wenn also einer oder mehrere Geschäftsführer an der Ausübung ihrer Funktionen verhindert sind. Ihre Rechtstellung braucht deshalb im folgenden nicht besonders erörtert zu werden; alles, was über die Geschäftsführer gesagt wird, gilt auch für die stellvertretenden Geschäftsführer.[30])

Ehe nunmehr den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen über die Geschäftsführer nähergetreten werden soll, an denen die Richtigkeit jener Begriffsbestimmung darzustellen ist, ist es zunächst noch erforderlich, den Umfang der gesetzlichen Bestimmungen zu bezeichnen, die die maßgebenden Vorschriften über die Geschäftsführer enthalten. Im Gesetze selbst sind dies der allgemeine § 6, die Vorschriften des dritten Abschnitts „Vertretung und Geschäftsführung" §§ 35—44, und einige

[29]) Staub, G. m. b. H. § 45 Anm. 5, 6; a. M. Förtsch § 46 Anm. 8. Für die Aktiengesellschaft Staub, HGB. I S. 755 Fußnote 1; Pinner, Aktienrecht § 250 II.

[30]) Staub § 44.

besondere Vorschriften in den übrigen Abschnitten. Weiterhin kommen eine Anzahl Vorschriften des Handelsgesetzbuchs in Betracht, denn nach § 13 Abs. 3 des Gesetzes ist die G. m. b. H. eine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs, und infolgedessen kommen nach § 6 des letzteren die Vorschriften über die Kaufleute zur Anwendung, aus denen sich einige Folgerungen für die Rechtsstellung der Geschäftsführer ergeben.

Weiterhin kommen aber besonders die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Vorstand des rechtsfähigen Vereins ergänzend auf die Geschäftsführer zur Anwendung.

Die subsidiäre Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den rechtsfähigen Verein (§§ 24—53) auf die G. m. b. H. überhaupt ergibt sich aus § 22 BGB., wonach rechtsfähige Vereine im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches auch solche Vereine sind, deren Rechtsfähigkeit auf besonderer reichsgesetzlicher Vorschrift beruht. Unter diesen nimmt aber die G. m. b. H. eine hervorragende Stelle ein. Daß die bezeichneten Vorschriften nicht etwa nur für die in § 21 erwähnten Vereine gelten sollen, ergibt sich insbesondere noch daraus, daß in § 55 f. besondere Vorschriften nur für diese, die sogen. „eingetragenen Vereine" gegeben sind.[31])

Insonderheit berechtigt uns zur Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Vorstand des rechtsfähigen Vereins (§§ 26—31) auf die Geschäftsführer der G. m. b. H. der Umstand, daß beide die gleiche Funktion haben. Hier wie dort besteht ein Verein als selbständiges Rechtssubjekt, der der natürlichen Personen bedarf, um im Rechtssinne wollen und handeln zu können; und diese Personen, auf die sich sonach die organschaftliche Vertretungsmacht konzentriert, sind nur hier als Vorstand, dort als Geschäftsführer bezeichnet, in ihrer funktionellen Zuständigkeit aber dasselbe.[32])

---

[31]) So Staub, G. m. b. H. Einl. (S. 19) Anm. 3, 4; Neukamp § 13 Anm. 1 d; Liebmann § 1 Anm. 2; dagegen Parisius u. Krüger § 1 Anm. 1. Für die Aktienges. bejahend Staub § 178 Anm. 9; Lehmann-Ring S. 374; Makower S. 347; dagegen Pinner § 178 IX; allgemein bejahend Planck S. 92; ferner Entsch. des RG. Bd. 57 S. 95; verneinend Dernburg I § 82 IV; Goldmann-Lilienthal S. 52.

[32]) Zum Beweise dafür, daß das Gesetz der Geschäftsführer gelegentlich mit Vorstandsmitgliedern identifiziert, ist auf § 63 d. Ges. in Verbindung mit § 208 Abs. 1 KO. und auf § 52 d. Ges. in Verbindung mit § 247 Abs. 1 HGB. zu verweisen.

Es soll damit allerdings nicht gesagt sein, daß die Rechtsstellung des Vorstands und der Geschäftsführer in allen Punkten gleich sei.

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten aber nur ergänzend, soweit nicht das Spezialgesetz über die G. m. b. H. eigene Bestimmungen trifft (Art. 32 des EG. z. BGB.). Es wird sich im Verlaufe der Darstellung im einzelnen ergeben, daß danach namentlich die §§ 29—31 zur Anwendung kommen, weil deren Gegenstand bei der G. m. b. H. nicht besonders geregelt ist, während §§ 26—28 nur teilweise anwendbar erscheinen.

Soweit das BGB. in § 40 die Vorschriften über den Vorstand für dispositiv erklärt, sind sie natürlich auch auf die Geschäftsführer der G. m. b. H. nur soweit anzuwenden, als bei dieser nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt.

§ 2.

I. Die allgemeinen Bestimmungen über die Geschäftsführer.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich schon, daß die Geschäftsführer ein notwendiges Organ der G. m. b. H. sind. Das ist nicht so zu verstehen, als ob sie zu ihrer Existenz notwendig wären; denn die Gesellschaft kann auch zeitweise ohne organschaftlichen Vertreter sein und verliert dadurch ihre Rechtsfähigkeit ebensowenig wie ein geschäftsunfähiger Einzelmensch, der zeitweise keinen gesetzlichen Vertreter hat. Aber um ihre Rechte gegenüber der Außenwelt und gegenüber ihren Mitgliedern betätigen und überhaupt ihren Platz im Rechtsleben ausfüllen zu können, bedarf sie der Geschäftsführer.

Es bestimmt deshalb das Gesetz im § 6:

Die Gesellschaft muß einen oder mehrere Geschäftsführer haben.

Diese gesetzliche Regel ist zwingend. An sich stände ja nichts im Wege, daß der Gesellschaftsvertrag der Gesamtheit der Gesellschafter die Fähigkeit zuspräche, für den Verein nach außen handelnd aufzutreten, und sie also zur Trägerin der Handlungsfähigkeit des Vereins als solchen machte.[33]) Bei Gesellschaften mit kleiner Mitgliederzahl — eine G. m. b. H. kann bereits mit zwei Mitgliedern ins Leben treten und bei der Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in einer Hand auch mit nur einem fortbestehen[34]) — kann es sehr wohl im Willen der Gesellschafter liegen, jedem einzelnen Mitglied die Befugnis zum Handeln für die Gesellschaft zu geben. Das Gesetz hat dem auch Rechnung getragen, in dem es in § 6 Abs. 3 eine Bestimmung des

---

[33]) vgl. aber Begründung des Gesetzentwurfs S. 3731.

[34]) vgl. Staub, G. m. b. H. § 60 Anm. 20 und die dort aufgeführte Literatur.

Gesellschaftsvertrags zuläßt, wonach sämtliche Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sein sollen. Der Sinn dieses Absatzes kann aber nur dahin verstanden werden, daß dann sämtliche Gesellschafter Geschäftsführer sein sollen, nicht etwa dahin, daß es in diesem Falle eines besondern Geschäftsführerorgans nicht bedürfe, sondern die Gesellschaftergesamtheit Trägerin der organschaftlichen Vertretung sei. Hätte das Gesetz in Abs. 3 eine Ausnahme von dem in Abs. 1 aufgestellten zwingenden Grundsatz machen wollen, so hätte es dies in der Fassung des Abs. 3 deutlich ausdrücken müssen. Zudem läßt die Bestimmung, daß in diesem Falle nur diejenigen als Geschäftsführer gelten sollen, die bei der Festsetzung jener Bestimmung Gesellschafter waren, hierüber keinen Zweifel; denn sobald ein weiterer Gesellschafter hinzutritt, ändert sich das Verhältnis derart, daß ganz von selbst nunmehr nur die bisherigen Gesellschafter die Rechtsstellung von Geschäftsführern haben, ohne daß sie erst besonders dazu bestellt werden müßten. Deshalb müssen sie auch, während sie alleinige Gesellschafter waren, bereits begrifflich die Rechtsstellung von Geschäftsführern gehabt haben. Übrigens läßt schon die Fassung des Abs. 3 („gelten . . . als die bestellten Geschäftsführer") kaum einen Zweifel darüber, daß in diesem Falle die sämtlichen Gesellschafter Geschäftsführer sind.[35])

Rechtlich sind die Geschäftsführer auch in diesem Falle organschaftliche Vertreter der Vereinspersönlichkeit. Obwohl sie tatsächlich mit der Gesellschaftergesamtheit identisch sind, sind sie doch nicht die Gesellschaft selbst, schon deshalb nicht, weil ihre für die Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte sie nicht persönlich verpflichten, sondern handeln auch in diesem Falle nur für das unsichtbare Rechtssubjekt, die Vereinsperson.

Betreffs der Zahl der Geschäftsführer ist der Bestimmung der Gesellschafter der weiteste Spielraum gelassen: es können einer oder mehrere sein. Lediglich Zweckmäßigkeitsgründe werden ein Hinausgehen über eine gewisse Zahl unangebracht erscheinen lassen. In der Regel wird der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung über die Zahl der Geschäftsführer enthalten. Notwendig ist dies aber nicht. Für die Aktiengesellschaft bestimmt § 182 Abs. 2 Ziff. 4 HGB. allerdings,

---

[35]) Staub § 35 Anm. 36; Liebmann § 6 Anm. 6; Birkenbihl § 6 Anm. 9; Merzbacher § 6 Anm. 7.

daß der Gesellschaftsvertrag die Zusammensetzung des Vorstands bestimmen muß. Bei der G. m. b. H. fehlt aber eine solche Vorschrift (vgl. § 3). Der Gesellschaftsvertrag kann deshalb auch bestimmen, daß die Festsetzung der Zahl der Geschäftsführer dem jeweiligen Beschlusse der Gesellschafter überlassen bleiben soll. Das letztere wird man auch dann annehmen müssen, wenn der Gesellschaftsvertrag gar keine Bestimmung über diesen Punkt trifft.[36])

Die Frage, ob die Geschäftsführer bei ihren amtlichen Verrichtungen sich des Amtsnamens „Geschäftsführer" zu bedienen haben oder sonst im Gesellschaftsleben mit diesem Namen belegt werden müssen, ist unbedenklich zu verneinen. Dies wird schon bei der Aktiengesellschaft bezüglich der entsprechenden Bezeichnung „Vorstand" von der herrschenden Meinung anerkannt;[37]) bezüglich der G. m. b. H. gilt es noch in stärkerem Maße, weil hier die Gefahr der Verwechslung mit anderen Organen noch geringer ist.[38]) Es muß lediglich im Verkehr erkennbar sein, wer die Stellung der Geschäftsführer einnimmt, also im Namen der G. m. b. H. zu handeln berechtigt ist. Diesem Erfordernis genügt auch die Bezeichnung Direktoren, Vorstand, Vorsteher, Verwaltungsrat u. a. Zudem ist ein begründetes rechtliches Interesse für Gesellschaften von größerer Bedeutung nicht zu verkennen, ihren leitenden Beamten eine ihrer Autorität entsprechendere Titulatur beizulegen, als sie die farblose Bezeichnung „Geschäftsführer" darstellt.

Lediglich für die Eintragung im Handelsregister dürfte an dem Erfordernis der Bezeichnung „Geschäftsführer" streng festzuhalten sein. § 10 des Gesetzes schreibt vor, daß bei der Eintragung die Personen der Geschäftsführer anzugeben seien; der Bedeutung eines öffentlichen und öffentlichen Glauben genießenden Registers entspricht es aber, wenn die Einträge sich streng an die gesetzliche Terminologie halten.

Schon die Eigenschaft der Geschäftsführer als eines notwendigen Organs kennzeichnet ihre grundlegende Verschiedenheit von den geschäftsführenden Gesellschaftern bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Bei dieser ist keine Rede davon, daß sie „geschäftsführende

---

[36]) Birkenbihl § 6 II.

[37]) vgl. die bei Beckmann S. 5 aufgeführte Literatur.

[38]) So Neukamp § 6 Anm. 3; Merzbacher § 6 Anm. 1; Birkenbihl § 6 Anm. 1; Förtsch § 6 Anm. 2; a. M. Staub § 35 Anm. 43.

Gesellschafter" haben müsse; § 709 BGB. stellt vielmehr die Regle auf, daß die Führung der Geschäfte allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht. Die in § 710 BGB. gestattete Übertragung der Geschäftsführung auf einen oder mehrere Gesellschafter durch rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung der einen durch die anderen steht ganz im Belieben der Gesellschafter. Schon dieser Umstand, daß bei der G. m. b. H. die Geschäftsführer ein notwendiges, aus dem Vereinscharakter heraus bedingtes Organ sind, während bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine geschäftsführenden Gesellschafter nötig sind, kennzeichnet den Unterschied zwischen Verein und Gesellschaft sowohl wie zwischen Organ und Stellvertretern.

II. Die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer.

§ 3.

Die Fähigkeit zum Geschäftsführer.

Aus der Rechtsstellung der Geschäftsführer als Träger der Willens- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft ergeben sich die Grundsätze über die Qualifikation der Geschäftsführer von selbst. Denn mit Rechtswirkung wollen und handeln kann nur, wer an sich dazu fähig ist; wer also in eigener Angelegenheit nicht voll willens- und handlungsfähig ist, kann es auch als organschaftlicher Vertreter nicht sein.

Man würde daraus zunächst folgern können, daß nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen Geschäftsführer sein können. Denn auch diese sind ja vermittelst ihrer Organe willens- und handlungsfähig, und könnten also durch ihre Organe an sich auch die Funktionen von Geschäftsführern einer G. m. b. H. verrichten. Daß eine juristische Person Mitglied einer andern Gesellschaft sein und Mitgliedsrechte durch ihre Organe ausüben kann, ist nicht zu bezweifeln. Trotzdem müssen wir ihre Fähigkeit, ein Geschäftsführeramt zu bekleiden, verneinen. Denn mit dieser Stellung ist ein bedeutendes Maß persönlicher Verantwortlichkeit verbunden, die sich in vielen Fällen bis zu strafrechtlicher Verantwortlichkeit steigert (§ 82—84). Aus diesen Strafvorschriften aber ergibt sich, daß es nicht im Sinne des Gesetzes liegt, andere als natürliche Personen zur Führung des Geschäftsführeramts zuzulassen, denn eine juristische Person ist nicht fähig, Strafe zu erleiden.[39])

Bezüglich der natürlichen Personen aber ist streng daran

[39]) So Staub § 35 Anm. 37; Merzbacher § 6 Anm. 5; Liebmann § 6 Anm. 3; a. M. nur Birkenbihl § 6 Anm. 4.

festzuhalten, daß nur geschäftsfähige Personen Geschäftsführer sein können. Es wäre ein innerer Widerspruch, einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen mit der Aufgabe zu betrauen, für ein anderes an sich nicht willens- und handlungsfähiges Subjekt zu wollen oder zu handeln, wo der Betreffende dies überhaupt nicht kann, sondern sich dazu erst wieder einer Mittelsperson bedienen muß, die für ihn will und handelt.

Vom Standpunkt der Stellvertretungstheorie aus könnte dies zweifelhaft erscheinen, insbesondere da nach § 165 BGB. die Gültigkeit der Willenserklärung eines Vertreters nicht dadurch beeinträchtigt werden soll, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Für die Organtheorie hingegen muß daran festgehalten werden, daß nur ein Geschäftsfähiger zur organschaftlichen Vertretung fähig, jeder auch nur in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte dagegen gesetzlich unfähig dazu ist.[40])

Weitere gesetzliche Beschränkungen bestehen nicht, von einem Sonderfall abgesehen: wenn nämlich der Gesellschaftsvertrag das Vorhandensein eines Aufsichtsrats vorschreibt, so gilt gemäß § 52 die Regel des § 248 HGB., wonach Aufsichtsratsmitglieder „nicht als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen," mithin nicht Geschäftsführer sein können.

Der Gesellschaftsvertrag kann aber über die Fähigkeit zum Geschäftsführer weitere Bestimmungen treffen, z. B. daß Frauen, Personen ohne bürgerliche Ehrenrechte oder solche, die in Konkurs gewesen sind, nicht bestellt werden dürfen.

Ist ein Unfähiger zum Geschäftsführer bestellt worden, so wird man zu unterscheiden haben: Wenn der Unfähigkeitsgrund ein gesetzlicher ist, also ein nicht Geschäftsfähiger bestellt worden ist, so ist die Bestellung nichtig, und das Gericht wird die Eintragung der Bestellung, wenn es den Unfähigkeitsgrund kennt, abzulehnen haben.[41]) Anders liegt der Fall, wenn die Unfähigkeit nur auf einer Bestimmung

---

[40]) So Birkenbihl § 6 Anm. 3; Neukamp § 6 Anm. 3; Liebmann § 6 Anm. 4; Hergenhahn, Vorstand der A.-G. S. 12; abweichend Staub § 35 Anm. 37.

[41]) Wird dagegen ein Aufsichtsratsmitglied zum Geschäftsführer bestellt, so ist die Bestellung gültig, es scheidet aber aus dem Aufsichtsrat aus. Lehmann-Ring § 248 Anm. 2; Lehmann, Aktienges. II S. 361.

des Gesellschaftsvertrags beruht. Man wird einer solchen Bestimmung des Vertrags nur den Charakter einer Sollvorschrift zubilligen können. Denn tatsächlich sind Frauen, Gemeinschuldner u. a. fähig zum Geschäftsführeramte, und nur der Gesellschaftsvertrag stellt sie den Unfähigen gleich. Sind sie aber trotzdem zum Geschäftsführeramt berufen worden, so besteht kein Grund, warum sie es nicht mit derselben Rechtswirkung wie jeder andere Geschäftsfähige führen könnten. Wir werden deshalb die einmal erfolgte Bestellung solcher Personen nicht als ungültig ansehen können.[42])

Das Gesetz enthält noch eine positive Bestimmung über die Fähigkeit zum Geschäftführeramt: in § 6 Abs. 2 ist ausdrücklich bestimmt, daß nicht nur Gesellschafter, sondern auch andere Personen Geschäftsführer sein können. Die Vorschrift ist selbstverständlich. Die entsprechende Bestimmung für den Vorstand der Aktiengesellschaft im Art. 227 des ADHGB. ist in § 231 des neuen HGB. weggelassen worden, weil sie selbstverständlich war, wie unbestritten ist.[43])

Der Gesellschaftsvertrag wird aber auch hier eine Schranke errichten und bestimmen können, daß nur Gesellschafter zum Geschäftsführeramte berufen werden dürfen.[44])

§ 4.

Die Bestellung der Geschäftsführer.

Die Übertragung des Geschäftsführeramts auf die hierzu geeigneten Personen erfolgt durch Bestellung, die — in der Regel — der Annahme durch den Bestellten bedarf.

I. Grundsätzlich ist die Gesellschaftergesamtheit zur Bestellung der Geschäftsführer berufen (§ 46 Ziff. 5), falls der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. Auch im übrigen dürfte kaum eine andere Möglichkeit in Betracht kommen, als daß die Gesellschaftergesamtheit aus freiem Willen einer andern Instanz die Bestellung entweder für den Einzelfall oder dauernd überläßt. Es steht auch nichts im Wege, daß sie den einmal erwählten Geschäftsführern

---

[42]) Staub § 35 Anm. 38; Lehmann-Ring § 231 Anm. 3.

[43]) Staub, HGB. § 231 Anm. 10.

[44]) Birkenbihl § 6 Anm. 3

das Recht der Zuwahl und Ersatzwahl dauernd überläßt. In allen diesen Fällen geht aber doch die Bestellung mittelbar oder unmittelbar von der Gesellschaftergesamtheit aus. Unzulässig dürfte es nur sein, das Ernennungsrecht einem Dritten dergestalt ausschließlich zu übertragen, daß die Gesellschaftergesamtheit sich dadurch auch des Rechts der Abberufung gänzlich begibt und dadurch der bestellte Geschäftsführer vom Willen der Gesellschaftergesamtheit völlig unabhängig wird.[45])

Über die Dauer der Übertragung des Amts hat das Gesetz keinerlei Vorschriften gegeben. Es können deshalb die Geschäftsführer beliebig auf ein oder mehrere Jahre oder auf Lebenszeit gewählt werden.

Bezüglich des Zeitpunkts der Bestellung ergibt sich aus dem Gesetz nur die eine zwingende Vorschrift, daß die Bestellung des oder der ersten Geschäftsführer vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister zu erfolgen hat. § 8 Abs. 1 nennt nämlich unter den Erfordernissen der ordnungsmäßigen Anmeldung den Nachweis der Bestellung der Geschäftsführer. Fehlt dieser, so kann die Eintragung nicht stattfinden, und solange besteht die G. m. b. H. als solche nicht (§ 11).

Die ersten Geschäftsführer können entweder bereits im Gesellschaftsvertrage oder durch besondern Akt (meist durch Beschluß der Gesellschafter) bestellt werden, die späteren nur durch besondern Akt (§ 6 Abs. 2 Satz 2).

Der Gesellschaftsvertrag selbst kann also bereits die Personen der ersten Geschäftsführer namhaft machen; in diesem Falle erfolgt also die Bestellung durch Beschluß der den Gesellschaftsvertrag festsetzenden Gesellschaftergesamtheit. Man wird auch in diesem Falle annehmen können, daß die Bestellung damit noch kein Bestandteil des Gesellschaftsvertrags ist, sondern nur eine bei Gelegenheit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags erfolgte Bestellung, so daß also zur Abberufung der in dieser Weise bestellten Geschäftsführer keine Änderung des Gesellschaftsvertrags notwendig ist. Denn da gesetzlich der Gesellschaft das Recht des sofortigen Widerrufs (§ 38) zusteht, kann man annehmen, daß es nicht im Willen der Gesellschafter lag, daß das

---

[45]) Parisius-Crüger S. 88; Staub, G. m. b. H. § 35 Anm. 41; vgl. auch Staub, HGB. § 231 Anm. 14; Entsch. d. RG. III, 129—131; Beckmann S. 9.

Widerrufsrecht nur in der erschwerten Form der Verfassungsänderung (§ 53) ausübbar sein sollte.[46])

Für die Bestellung der ersten Geschäftsführer dürfte die Bestellung im Gesellschaftsvertrage selbst das praktischere Verfahren sein, da ja die Bestellung der ersten Geschäftsführer eine Voraussetzung der Eintragung der Gesellschaft selbst ist. Es ist aber nicht notwendig, daß sie im Gesellschaftsvertrage erfolgt, wie § 8 Ziff. 2 beweist, der besonders den Fall berücksichtigt, daß die ersten Geschäftsführer nicht im Gesellschaftsvertrage bestellt sind.

Die Bestellung durch besondern Akt geschieht „nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Abschnitts" des Gesetzes (§ 6 Abs. 2). Das heißt: der Gesellschaftsvertrag kann beliebige Bestimmungen über die Art der Bestellung treffen (§ 45). Er kann also anordnen, daß die Geschäftsführer in bestimmten Zeiträumen gewählt werden, oder daß die einzelnen Gesellschafter in bestimmter Reihenfolge im Geschäftsführeramte abwechseln. Er kann auch anordnen, daß die einmal bestellten Geschäftsführer es auf unbestimmte Zeit bleiben; im Zweifel wird dies auch dann anzunehmen sein, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Amtsdauer enthält. Er kann, wie schon erwähnt, eine andere Instanz, z. B. den Aufsichtsrat, mit der Bestellung betrauen, oder den Geschäftsführern das Recht überlassen, ihre Nachfolger selbst zu bestellen.

Trifft der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Art der Bestellung, so untersteht die Bestellung der Geschäftsführer der Bestimmung der Gesellschaftergesamtheit (§ 46 Ziff. 5) und regelt sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Beschlußfassung der Gesellschafter (§§ 47, 48). Danach kann die Wahl der Geschäftsführer durch Beschluß in einer Versammlung der Gesellschafter erfolgen, oder es kann mit allseitigem Einverständnis der Gesellschafter schriftliche Abstimmung beschlossen und ausgeführt werden, oder es kann die Wahl bestimmter Personen durch übereinstimmende schriftliche Erklärung aller Gesellschafter unmittelbar beschlossen werden. In den ersten

---

[46]) Staub § 35 Anm. 40; ähnlich Parisius-Crüger S. 87; Rosenthal § 6 Anm. 2; Entsch. d. RG. 44, S. 97.

beiden Fällen sind für die Abstimmung die Grundsätze des § 47 Abs. 1, 2 maßgebend.[47])

Die Gesellschaftergesamtheit faßt nicht nur den Bestellungsbeschluß, sondern führt ihn auch selbst aus, indem sie dem Bestellten die Bestellung erklärt, soweit erforderlich seine Annahmeerklärung (s. unten II) entgegennimmt, eine etwa vorgeschriebene Verpflichtungshandlung vornimmt, ihm die Bücher, Gelder, Schlüssel übergibt u. a. m. Sie tritt hier dem Geschäftsführer gegenüber als handlungsfähiges Organ, also als Organ des Vereins im engeren Sinne auf. Soweit schon andere Geschäftsführer da sind, kann sie natürlich auch die Handlungen durch diese vornehmen lassen.

In allen Fällen, sei es, daß die Bestellung im Gesellschaftsvertrage, durch Gesellschafterbeschluß oder durch Festsetzung seitens einer damit betrauten andern Instanz erfolgt, ist es notwendig, daß die Bestellung sich auf individuell bestimmte Personen richtet.[48]) Das ergiebt sich aus der zwingenden Vorschrift des Gesetzes, wonach die Personen der Geschäftsführer und jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer ins Handelsregister einzutragen ist (§ 10 und 39, näheres siehe unten § 5). Dies gilt natürlich auch in dem besonderen Fall des § 6 Abs. 3, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß sämtliche Gesellschafter Geschäftsführer sein sollen. Auch dann müssen die Personen der Geschäftsführer mit Namen im Handelsregister eingetragen werden; der Vermerk: „sämtliche Gesellschafter sind Geschäftsführer" kann nicht genügen, weil ja die Namen der Gesellschafter selbst aus dem Register nicht ersichtlich sind.

Deshalb bestimmt § 6 Abs. 3 ausdrücklich, daß im Falle dieser Bestimmung nur diejenigen als Geschäftsführer zu gelten haben, die zur Zeit dieser Bestimmung Gesellschafter sind. Wir haben es hier nicht nur mit einer Auslegungsregel für Zweifelsfälle zu tun, sondern mit einer zwingenden Vorschrift. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, wonach sämtliche Gesellschafter Geschäftsführer sein sollen, enthält und kann nur enthalten eine Bestellung der individuell bestimmten Personen, die zur Zeit gerade Gesell-

---

[47]) Über die Frage, ob ein zur Wahl Vorgeschlagener bei der Abstimmung mitwirken kann, vgl. unten S. 89.

[48]) Birkenbihl § 6 Anm. 9; Liebmann § 6 Anm. 6.

schafter sind, zu Geschäftsführern. Andernfalls wäre es nicht möglich, daß das Registergericht die Personen der Geschäftsführer in der Eintragung namhaft machte.

Daraus folgt zugleich, daß der Gesellschaftsvertrag nicht bestimmen darf, daß sämtliche Gesellschafter und zwar auch die erst später in die Gesellschaft eintretenden Geschäftsführer sein sollen; m. a. W.: Der Gesellschaftsvertrag darf nicht bestimmen, daß die Übertragung eines Geschäftsanteils auf Dritte zugleich eine Übertragung des Geschäftsführeramts auf diese enthalte. [49])

Die gegenteilige Annahme würde zu unerträglichen Folgerungen führen: einerseits würde es sich mit dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters nicht vertragen, wenn die Personen der vertretungsberechtigten Geschäftsführer für Dritte nicht erkennbar wären; andererseits würde bei der Übertragung eines Geschäftsanteils auf einen Geschäftsunfähigen oder eine juristische Person eine Person zum Geschäftsführeramte gelangen, die die gesetzlich notwendige Fähigkeit dazu nicht besitzt.

II. Die zum Geschäftsführer bestellte Person erlangt durch die Bestellung das Recht zur Ausübung der einem solchen zustehenden Funktionen. Eine Verpflichtung zur Führung des Amts erwächst ihr dagegen regelmäßig erst durch dessen Annahme. Diese kann durch Erklärung gegenüber der Gesellschaftergesamtheit oder durch konkludente Handlung erfolgen. [50]) Eine Annahmeerklärung wird ohne weiteres darin zu sehen sein, wenn im Gesellschaftsvertrage ein oder mehrere Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt worden sind, die den Gesellschaftsvertrag mit abgeschlossen und dadurch ihr Einverständnis auch mit der auf sie gefallenen Bestellung erklärt haben.

Daß die Annahme der Bestellung in der Regel nötig sei, sagt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich. Soweit es sich aber um die Bestellung von Personen handelt, die nicht Gesellschafter sind, ist dies selbstverständlich, denn da sie außerhalb des gesellschaftlichen Machtbereichs stehen, kann für sie eine Verpflichtung zur Geschäftsführung natürlich nur durch ihre eigene freie Willenstat begründet werden.

---

[49]) Merkwürdigerweise übersehen die Kommentare sämtlich diese naheliegende Auslegung der wichtigen Vorschrift und behandeln § 6 Abs. 3 nur als Auslegungsregel für Zweifelsfälle.

[50]) vgl. Lehmann, Aktiengesellschaft II 243.

Aber auch bezüglich der Gesellschafter gilt das Gleiche, denn das Gesetz sagt ausdrücklich in § 3 Abs. 2, daß, wenn den Gesellschaftern außer der zu leistenden Stammeinlage noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden sollen, dies im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein muß. Daraus geht hervor, daß eine allgemeine gesetzliche Pflicht für die Gesellschafter zur Übernahme des Geschäftsführeramts nicht besteht.

Unbedenklich kann aber nach dieser Gesetzesbestimmung eine solche Pflicht im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden. In diesem Falle bedarf es dann einer besonderen Annahme der Bestellung nicht, denn der Gesellschafter hat sich durch seinen Eintritt in die Gesellschaft oder durch seine Mitwirkung bei der Festsetzung des Gesellschaftsvertrags der der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder zustehenden Vereinsgewalt unterworfen, und die Gesellschaft kann auf Grund dieser Vereinsgewalt unmittelbar von jedem Mitgliede die Erfüllung der diesem zustehenden Mitgliedspflichten fordern. Die Bestellung kommt also auch hier durch übereinstimmende Erklärung zweier Subjekte zustande, nicht durch einseitigen Willensakt der Gesellschaft, denn der Gesellschafter hat seine Zustimmung schon dadurch im voraus erklärt, daß er sich dem Vereinsstatut unterworfen hat.

Der ausdrücklichen Vorschrift des § 3 Abs. 2 gegenüber wird man die Frage, ob auch stillschweigend eine solche Verpflichtung aus andern Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags gefolgert werden kann, verneinen müssen. Freilich können sich mancherlei Schwierigkeiten ergeben, z. B. wenn bei einer Gesellschaft im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß nur Gesellschafter Geschäftsführer sein können, und von der vielleicht sehr geringen Zahl der Gesellschafter keiner freiwillig das Amt übernimmt. [51]) Aber auch dann wird man es den Gesellschaftern überlassen müssen, sich durch Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag vor solchen Verlegenheiten zu sichern.

III. Unter Umständen wird ein besonderes Verfahren Platz greifen können, nämlich eine Zwangsbestellung entsprechend § 29 BGB. Diese Vorschrift ist für die G. m. b. H. anwendbar, weil deren Sondergesetz keine entsprechende Bestimmung enthält; sie ist zudem,

---

[51]) Haase S. 14 will für diesen Fall eine stillschweigende Verpflichtung der Gesellschafter dazu annehmen.

wie sich aus § 40 BGB. ergibt, zwingender Natur, einem öffentlichen Interesse entsprungen, das für die G. m. b. H. in gleichem Maße gilt. Voraussetzungen der Zwangsbestellung sind, daß die zur ordnungsmäßigen Leitung und Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Geschäftsführer nicht vorhanden sind und daß ein dringendes Bedürfnis die sofortige Bestellung der fehlenden erheischt. Ein solches Bedürfnis liegt dann jedenfalls vor, wenn bei dem umständlichen ordentlichen Bestellungsverfahren Gefahr im Verzuge wäre, daß die Gesellschaft oder der Gesellschafter in ihren Rechten benachteiligt würden. Dann kann auf Antrag eines Beteiligten, also unter Umständen auch eines Gläubigers, die Bestellung sofort durch das Amtsgericht des Bezirks erfolgen, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die so erfolgte Bestellung bleibt so lange in Kraft, bis auf ordentlichem, verfassungsmäßigem Wege der Mangel behoben, d. h. die erforderliche Zahl von Geschäftsführern bestellt worden ist. [52])

§ 5.

Die Eintragung der Bestellung.

Die Übertragung des Geschäftsführeramts selbst mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten auf die dazu bestimmte natürliche Person ist durch die Bestellung und — soweit eine solche erforderlich — die Annahme der Bestellung vollendet. Damit sie aber nach *außen hin* zu Lasten eines Dritten wirksam werde, bedarf sie noch der *Eintragung ins Handelsregister*.

Als *Registergericht* ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 7 d. Ges., § 125 d. Ges. über die Angel. der freiwilligen Gerichtsbarkeit), sofern nicht ausnahmsweise durch Anordnung der Landesjustizverwaltung gemäß § 125 Abs. 2 FGG. ein anderes Amtsgericht für zuständig erklärt ist.

Voraussetzung der Eintragung ist eine ordnungsgemäße *Anmeldung*. Sie ist, wie alle Anmeldungen der G. m. b. H. (vom Liquidationsfalle abgesehen) durch die *Geschäftsführer* zu bewirken (§ 78

[52]) *Staub*, G. m. b. H. § 35 Anm. 42; HGB. § 231 Anm. 17; *Planck*, BGB. § 29.

d. Ges.). Die Geschäftsführer haben also die Übertragung des Amts auf ihre eigene Person selbst anzumelden.

Das Gesetz hat zwei verschiedene Fälle dieser Anmeldung vorgesehen, je nachdem es sich um die mit der Anmeldung der Gesellschaft überhaupt gleichzeitig erfolgende Anmeldung der ersten Geschäftsführer oder um eine spätere Neubestellung handelt.

Die Anmeldung der ersten Geschäftsführer kann nicht später erfolgen, als die Anmeldung der Gesellschaft selbst, denn letztere ist nur dann ordnungsmäßig, wenn sie erstere mit enthält. Dies ergibt sich aus § 8 Ziff. 1 und 2, wonach der Anmeldung der Gesellschaftsvertrag und, falls dieser nicht schon die Bestellung der Geschäftsführer enthält, die Legitimation der Geschäftsführer beigefügt werden muß. Einer besondern formellen Anmeldung der Geschäftsführer bedarf es in diesem Fall nicht, denn wenn sie im Gesellschaftsvertrag bestellt sind, wird durch die Beifügung des Vertrags (Ziff. 1), wenn nicht, durch die Beifügung der Legitimation (Ziff. 2), die als Bestandteile der Anmeldung der Gesellschaft selbst zu gelten haben, das Gericht hinreichende Kenntnis über die Personen der Geschäftsführer gewinnen. [53])

Als Legitimation im Sinne des § 8 Ziff. 2 wird regelmäßig eine Urkunde über die Bestellung dienen, insbesondere also ein Protokoll der Gesellschafterversammlung, oder, falls der Bestellungsbeschluß nach § 48 Abs. 2 schriftlich erfolgt ist, die schriftlichen Erklärungen sämtlicher Gesellschafter, oder endlich, falls die Bestellung von dritter Seite erfolgt, ein von dieser ausgestelltes Ernennungsdekret. Erfolgt die Bestellung durch mündliche Beschlußfassung, ohne daß eine Protokollführung stattfindet, so wird eine schriftliche Bescheinigung sämtlicher Gesellschafter über die Bestellung erforderlich sein.[54]) An Stelle der Urschrift aller dieser Urkunden genügt dem allgemeinen Rechtsgrundsatze entsprechend eine öffentlich beglaubigte Abschrift.

---

[53]) Für diese Annahme spricht auch der Umstand, daß § 7 Abs. 1 in der Fassung des Gesetzes vom 20. 4. 1892 die Anmeldung der Geschäftsführer besonders vorschrieb, was in der geltenden Fassung vom 20. 5. 1898 in Wegfall gekommen ist. Vgl. im übrigen Staub § 7 Anm. 3; a. M. Förtsch § 7 Anm. 2 für den Fall, daß die Geschäftsführer nicht im Gesellschaftsvertrag bestellt sind.

[54]) Birkenbihl § 8 Anm. 3.

Bei den *späteren* Geschäftsführern ist jedenfalls eine *besondere Anmeldungshandlung* notwendig und durch § 39 Abs. 1 ausdrücklich vorgeschrieben. Auch in diesem Falle erfolgt die Anmeldung durch die *Geschäftsführer selbst*; während aber im Falle des § 7, 8 nach § 78 *sämtliche* Geschäftsführer die Anmeldung bewirken mußten, genügt es hier, wenn so viele handeln, als zur Vertretung der Gesellschaft überhaupt befugt sind (vgl. unten § 9). Es brauchen also hier nicht gerade die neubestellten Geschäftsführer selbst ihre eigene Anmeldung zu bewirken, wenn noch andere vertretungsberechtigte da sind.

Der Anmeldung ist in diesem Falle eine *Abschrift der „Urkunden über die Bestellung"* beizufügen. Weshalb das Gesetz nicht auch hier den Ausdruck „Legitimation" braucht, ist nicht ersichtlich,[55]) denn die in § 8 Ziff. 2 erwähnte Legitimation wird ausnahmslos eine Urkunde über die Bestellung sein. Wichtig ist hier nur der Unterschied, daß im Falle des § 39 eine einfache Abschrift genügt.

Aus der Anmeldung müssen in jedem Falle die *Personen der Geschäftsführer erkennbar*, also *individuell genau bestimmt* sein. Es sind dabei der Verkehrssitte entsprechend Name, Vorname, Stand und Wohnort jedes einzelnen anzugeben. Da das Gesetz diese Bestandteile schon bei den dem Gericht einzureichenden Gesellschafterverzeichnissen (§ 8 Ziff. 3, § 40) ausdrücklich fordert, wird man sie bei der viel wichtigeren Anmeldung der Geschäftsführer für selbstverständlich ansehen müssen.

Im Falle des § 6 Abs. 3 bedarf es einer besonderen Anmeldung und Namhaftmachung der Geschäftsführer nicht, da das Gericht aus den nach § 8 Ziff. 1 und 3 einzureichenden Urkunden hinreichende Klarheit über die Personen der Geschäftsführer gewinnt.

Für die *Form* der Anmeldung gelten die allgemeinen Vorschriften des HGB., insbesondere § 12. Es wird jedoch die Möglichkeit einer Anmeldung durch Bevollmächtigte bei der G. m. b. H., wenigstens für die Anmeldung der ersten Geschäftsführer, die ja mit der Anmeldung der Gesellschaft zugleich erfolgen muß, auszuschließen sein, da bei dieser nach § 8 Abs. 2 eine persönliche Versicherung abzugeben ist, deren Ver-

---

[55]) § 39 in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes vom 20. 4. 1892 gebrauchte übrigens den Ausdruck.

letzung eine besondere persönliche und gegebenenfalls strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet (§§ 9, 82).[56])

Gleichzeitig mit der ersten Anmeldung haben die Geschäftsführer ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen, d. h. nach § 12 HGB. vor Gericht persönlich zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form dem Gerichte einzureichen. Das Gesetz schreibt dies in § 8 Abs. 3 für die ersten, in § 39 Abs. 3 für die späteren Geschäftsführer vor.

Wenn die Anmeldung ordnungsmäßig erfolgt ist, so wird von seiten des Gerichts die Eintragung bewirkt (§ 10 Abs. 1). Eingetragen werden die Personen der Geschäftsführer, wie sie angemeldet sind, also nach Namen, Vornamen, Stand und Wohnort. Dies gilt auch im Falle des § 6 Abs. 3.

Alsdann erfolgt die Bekanntmachung der Eintragung nach § 10 HGB.

Die Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung nach außen ist die in § 15 HGB. bezeichnete. In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes betr. die G. m. b. H. schrieb § 40 ausdrücklich vor: „Eine Änderung in den Personen der Geschäftsführer, eine Beendigung der Vollmacht eines Geschäftsführers ... kann, solange sie nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, einem Dritten von der Gesellschaft nur entgegengesetzt werden, wenn letztere beweist, daß der Dritte beim Abschluß des Geschäfts von der Änderung oder Beendigung Kenntnis hatte. — Nach geschehener Eintragung und Bekanntmachung muß der Dritte, sofern nicht durch die Umstände die Annahme begründet wird, daß er beim Abschluß des Geschäfts die Änderung oder Beendigung weder gekannt habe, noch habe kennen müssen, dieselbe gegen sich gelten lassen." Durch die allgemeine Vorschrift in § 15 des neuen HGB. ist jene Vorschrift überflüssig geworden und deshalb in der neuen Fassung des Gesetzes vom 20. 5. 1898 weggefallen (vgl. Art. 11 des EG. z. HGB.). Materiell gilt sie aber in vollem Umfange auch jetzt noch, mit der einzigen Abweichung, daß man die Worte „sofern nicht durch die Umstände die Annahme begründet wird" ersetzen muß durch „es sei denn" oder, was gleichbedeutend, „sofern der Dritte nicht beweist."

---

[56]) Staub § 7 Anm. 7; a. M. Parisius-Crüger § 7 Anm. 2.

§ 6.

Die Beendigung des Geschäftsführeramts.

Das Geschäftsführeramt endigt, wenn die Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit ihr Ende findet. Bei der sogen. Auflösung der Gesellschaft, die lediglich ein Aufhören der vollen Rechtspersönlichkeit, nicht ein Aufhören der tatsächlichen Lebensfunktionen der Gesellschaft bedeutet, tritt eine Abwicklung der laufenden Geschäfte entweder durch eigene Weiterfunktion der Gesellschaft (Liquidation) ein, oder die Staatsgewalt bemächtigt sich der Angelegenheiten der Gesellschaft und führt die Abwickelung durch Konkursverfahren durch. Im letzteren Falle endigt jede Tätigkeit der Geschäftsführer von selbst, im ersteren dagegen verwandelt sich ihr Geschäftsführeramt in das Liquidatorenamt, falls nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Gesellschafter andere Liquidatoren bestellt werden (§ 66). Im Zweifel also bleiben die Geschäftsführer als Liquidatoren tätig; ihre eigentliche, unbeschränkte Geschäftsführung hat aber mit dieser Verwandlung ihr Ende gefunden.

Andrerseits endigt das Geschäftsführeramt durch den Tod des Geschäftsführers. Die durch das Amt gebotene persönliche Verpflichtung und Vertrauensstellung ist derart, daß an eine Fortsetzung durch die Erben in dem Umfange, wie sie beim Auftrag möglich ist (§ 673 BGB.) hier nicht gedacht werden kann.[57])

Das Geschäftsführeramt endigt ferner durch Zeitablauf, wenn die Bestellung nur auf eine bestimmte Zeit, z. B. ein Geschäftsjahr, erfolgt war. Auch dieser Endigungsgrund ist selbstverständlich und bedarf keiner näheren Auseinandersetzung.

Wenn nachträglich in der Person eines Geschäftsführers Gründe eintreten, die ihn zu seinem Amte unfähig machen, so ist zu scheiden: ist der Grund ein gesetzlicher (Entmündigung usw.), so endet das Geschäftsführeramt von selbst und sofort; ist der eintretende Umstand dagegen nur nach dem Gesellschaftsvertrage ein Unfähigkeitsgrund,

---

[57]) Deshalb erklärt auch § 27 Abs. 3 BGB. mit Recht den § 673 nicht für anwendbar auf das Anstellungsverhältnis des Vereinsvorstands. Näheres siehe unten S. 86.

so endet das Amt nicht von selbst, sondern die Gesellschaft kann nur den Geschäftsführer abberufen, wozu ihr das Gesetz eine einfache Handhabe bietet.[58]) Diese Scheidung ist eine Folgerung aus den Grundsätzen, die wir oben (§ 3) für die Frage aufstellten, wie die versehentlich erfolgte Bestellung eines Unfähigen zu beurteilen sei.

Außer diesen vom Willen der Beteiligten unabhängigen Endigungsgründen kennt das Gesetz eine Beendigung durch freien Willensakt der Gesellschaft, die Abberufung. § 38 gibt der Gesellschaft das Recht, die Bestellung eines Geschäftsführers jederzeit frei zu widerrufen. Im Gesellschaftsvertrage kann die Zulässigkeit des Widerrufs auf den Fall beschränkt werden, daß wichtige Gründe denselben notwendig machen. Als solche Gründe bezeichnet das Gesetz besonders grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Welche Umstände sonst als wichtige Gründe anzusehen sind, bleibt der Verkehrsanschauung überlassen. Es bedarf jedoch keines weiteren Nachweises, daß der Eintritt eines Umstands, der nach dem Gesellschaftsvertrage den Geschäftsführer für unfähig zum Geschäftsführeramte erscheinen läßt (wie z. B. der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte), einen solchen wichtigen Grund darstellt. Auch der Austritt aus der Gesellschaft dürfte schlechthin einen solchen Grund darstellen, sobald die Gesellschaft regelmäßig nur Gesellschafter zu Geschäftsführern zu bestellen pflegt und der Betreffende bei seiner Bestellung Gesellschafter war.

Die Zulässigkeit der Beschränkung des Widerrufsrechts bildet einen wichtigen Unterschied vom Vorstand der Aktiengesellschaft, bei dem das Widerrufsrecht grundsätzlich nicht beschränkt werden kann. Auch bei der G. m. b. H. darf das Widerrufsrecht nur bis zu dem bezeichneten Maße beschränkt, nie aber ganz ausgeschlossen werden; eine dahingehende Bestimmung des Gesellschaftsvertrags wäre nichtig.

Die Ausübung des Widerrufsrechts steht, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts andres bestimmt, nach § 46 Ziff. 5 der Gesellschaftergesamtheit zu. Der Gesellschaftsvertrag kann die Ausübung des Widerrufsrechts ebenso wie das Bestellungsrecht einer anderen Instanz, z. B. dem Aufsichtsrat übertragen. Daß in der Übertragung der Bestellung zugleich aber im Zweifel eine stillschweigende

---

[58]) vgl. Staub § 35 Anm. 39; Lehmann-Ring § 231 Anm. 3.

Übertragung des Widerrufsrechts läge, wird kaum anzunehmen sein, da dies zu bedenklichen Konsequenzen führen könnte.[59])

Über die Art der Beschlußfassung bei der Ausübung des Widerrufsrechts durch die Gesellschafter gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Bestellung.[60]) Es ist dabei nochmals zu betonen, daß auch die Abberufung der im Gesellschaftsvertrag bestellten Geschäftsführer in derselben Form erfolgen kann und nicht etwa die für eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags vorgeschriebene Dreiviertelmehrheit (§ 53) erfordert.[61])

Wie bei der Bestellung, gilt auch hier, daß die Gesellschaftergesamtheit dem Geschäftsführer gegenüber als handlungsfähiges Organ des Vereins als solchen auftritt und den Abberufungsbeschluß selbst ausführt, d. h. den Widerruf dem Geschäftsführer erklärt und die sonstigen etwa notwendigen Handlungen vornimmt. Sie kann diese Handlungen aber auch durch etwa vorhandene andre vertretungsberechtigte Geschäftsführer, oder auch durch die an Stelle der abzuberufenden bereits neubestellten vornehmen lassen.

Darüber, ob auch der Geschäftsführer seinerseits durch freien Willensakt die Beendigung seines Amts herbeiführen kann, äußert sich das Gesetz nicht. In weitaus den meisten Fällen wird hierüber bei der Anstellung eine besondere Bestimmung getroffen werden. Wenn dies nicht der Fall ist, so wird man dem Geschäftsführer ein Recht zur Amtsniederlegung nicht zusprechen können. Denn wenn er die auf ihn gefallene Bestellung, sei es daß sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit lautete, freiwillig angenommen hat ohne sich ein Kündigungsrecht vorzubehalten, so hat er damit auch gleichzeitig seine Verpflichtung anerkannt, bis zum Ablauf oder der Rücknahme der Bestellung durch die Gesellschaft sein Amt zu verwalten. Das gleiche gilt, wenn er durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet war, das Amt zu übernehmen.[62])

Schon die besondere Vertrauensstellung des Geschäftsführers verbietet es, einfach die Grundsätze über die Kündigung des Auftrags

---

[59]) So Birkenbihl § 38 Anm. 3; a. M. Staub § 38 Anm. 3.

[60]) vgl. auch unten S. 89 über die Frage, ob ein Geschäftsführer bei der Abstimmung mitwirken kann.

[61]) vgl. oben S. 21, Fußnote.

[62]) Liebmann § 38 Anm. 5; Parisius-Crüger § 38 Anm. 4.

oder Dienstvertrags auf seine Stellung anzuwenden, da sich die größten Ungelegenheiten für die Gesellschaft ergeben können, wenn dem Geschäftsführer die Kündigung, sei es mit oder ohne Frist, ohne weiteres freistände.

Nur bei einer Anstellung auf Lebenszeit wird man einen stillschweigenden Vorbehalt dahin annehmen können, daß der Geschäftsführer bei Eintritt der geminderten körperlichen und geistigen Arbeitsfähigkeit im höheren Alter die Entbindung von seiner Stellung verlangen kann.

Selbstverständlich kann durch den Gesellschaftsvertrag oder besondere Abmachung dem Geschäftsführer das Recht gegeben werden, sein Amt mit oder ohne Kündigungsfrist niederzulegen.

Ebenso kann vereinbart werden, daß auch auf seiten der Gesellschaft der Abberufung eine Kündigung mit bestimmter Frist voranzugehen habe. Darin wird man eine Beschränkung des sofortigen fristlosen Widerrufs auf den Fall eines wichtigen Grundes zu sehen haben; dieses gesetzliche Recht aber muß unberührt bleiben. —

Zweifelhaft kann es erscheinen, ob im Falle des § 6 Abs. 3 das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft die Beendigung seines Geschäftsführeramts in sich schließt. Wir müssen die Frage auf Grund unserer oben gegebenen Auslegung jener Vertragsbestimmung verneinen. Denn wenn die Vertragsbestimmung nur eine bei Gelegenheit des Gesellschaftsvertrages erfolgte Bestellung der individuell bestimmten Personen darstellt, die zur Zeit jener Bestimmung Gesellschafter waren, so kann die Bestellung nicht ohne weiteres erlöschen, wenn ein solcher die Gesellschaftereigenschaft verliert. Denn selbst wenn man annehmen wollte, mit jener individuellen Bestellung sei der Grundsatz ausgesprochen, daß nur Gesellschafter Geschäftsführer sein können, so würde doch der Austritt nur einen vertragsmäßigen Disqualifikationsgrund in der Person des betreffenden erzeugen. Damit wäre aber nur ein wichtiger Grund zum sofortigen Widerruf gegeben, keinesfalls aber würde das Amt von selbst erlöschen.[63])

---

[63]) Fast alle Kommentare nehmen an, daß im Falle des § 6 Abs. 3 der Austritt aus der Gesellschaft die Beendigung des Amts mit sich bringt, vgl. Birkenbihl § 6 Anm. 9; Förtsch § 6 Anm. 6; Liebmann § 6 Anm. 6; Parisius-Crüger S. 88. Zur Begründung beziehen sie sich insgesamt nur auf den Bericht der Reichstagskommission S. 5, wonach ein Regierungsvertreter bei der Beratung

Auch die Endigung des Geschäftsführeramts bedarf der Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister. § 39 ordnet dies an, indem er die Anmeldung jeder Änderung in den Personen der Geschäftsführer fordert. Die Eintragung hat aber, wie bei der Bestellung, nur die in § 15 HGB. bezeichnete Wirkung gegen Dritte. Im innern Verhältnisse zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer endet das Amt mit dem Eintritt einer der vorbezeichneten Endigungsgründe, insbesondere mit der Erklärung des Widerrufrechts gegenüber den Geschäftsführern.[64])

Infolgedessen kann der Geschäftsführer, dessen Amt beendigt ist, die Endigung nicht mehr selbst anmelden.[64a]) Da die Gesellschaft selbst ohne Geschäftsführer nach außen nicht handlungsfähig ist, und da außerdem nach § 78 Anmeldungen nur durch die Geschäftsführer bewirkt werden können, so muß, falls nicht noch andere vertretungsberechtigte Geschäftsführer da sind, die Gesellschaft sofort neue Geschäftsführer bestellen, die dann die bisherigen Geschäftsführer abmelden und sich zugleich anmelden. Damit ist zugleich nach Möglichkeit vermieden, daß die Gesellschaft zeitweise ohne Geschäftsführer bleibt.[65])

§ 7.

Die rechtliche Natur der Bestellung und Abberufung.

Die Bestellung erfolgt, wie festgestellt, durch die Gesellschaftergesamtheit, die in diesem Falle den Verein als Organ, d. h. als Trägerin

erklärt habe, „daß nach seiner Meinung davon auszugehen sei, daß in dem Falle, welchen der Abs. 3 des § 6 voraussetze, ein Gesellschafter, welcher aus der Gesellschaft ausscheidet, damit auch aufhöre, Geschäftsführer zu sein," (vgl. Parisius-Crüger a. a. O.). Eine bindende Kraft dürfte dieser persönlichen Meinung des ungenannten Regierungsvertreters nicht beizumessen sein.

[64]) Lehmann, Aktiengesellschaft II S. 250; Lehmann-Ring § 231 Anm. 12; Goldmann II § 231 Anm. 25. Die Kommentare zum Gesetz betr. G. m. b. H. stehen meist mit Staub § 35 Anm. 47 auf dem Standpunkt eines Doppelverhältnisses, das aus der gesellschaftsrechtlichen Bestellung und einem Dienstvertrage zusammengesetzt sei und deshalb nicht notwendig einheitlich endigen müsse. Es wird hierauf noch später (§ 19) einzugehen sein.

[64a]) Birkenbihl S. 206.

[65]) Daß nach § 67 im Falle der Liquidation die ersten Liquidatoren von den Geschäftsführern anzumelden sind, statt daß sie, wie man erwarten sollte, sich selbst

seiner Handlungsfähigkeit vertritt, oder durch eine andere Instanz, der der Verein die Bestellung übertragen hat und die infolgedessen in seinem Namen handelt. In beiden Fällen handelt es sich um ein Rechtsgeschäft zwischen zwei Subjekten, auf der einen Seite der Verein als solcher, auf der andern Seite das zum Geschäftsführer bestimmte Individuum. Das Rechtsgeschäft ist immer ein zweiseitiges, denn eine Erklärung, wodurch sich der Bestellte zur Übernahme der Funktionen verpflichtet, ist immer nötig. Nur kann diese im voraus durch Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag erfolgt sein, der die allgemeine Verpflichtung zur Übernahme des Amts für jeden Geschäftsführer festsetzt, so daß dann die Bestellung scheinbar ein einseitiger Akt ist.

Den Inhalt des Rechtsgeschäfts bildet die Übertragung der organschaftlichen Vertretung mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten auf ein bestimmtes Individuum, mit anderen Worten: die Schaffung des Organs.

Wie die organschaftliche Vertretung eine Einrichtung des Körperschaftsrechts ist und im Individualrecht kein Vorbild hat, so ist auch das Rechtsgeschäft der Bestellung kein individualrechtlicher Vertrag, denn den Gegenstand eines solchen können nur individualrechtliche Rechtsbeziehungen bilden. Sie ist vielmehr ebenfalls ein Rechtsgeschäft besonderer, sozialrechtlicher Natur. Sie hat, wie kaum eines Hinweises bedarf, Ähnlichkeit mit der rechtsgeschäftlichen Vollmachtserteilung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ist dagegen von der Bestellung eines „gesetzlichen Vertreters" im Sinne dieses Gesetzes grundverschieden. Denn diese erfolgt durch obrigkeitliche Verfügung ganz unabhängig vom Willen des Vertretenen und nicht durch Willensakt des Letzteren. Es wäre also verfehlt, ihrer Entstehung nach die organschaftliche Vertretung als eine gesetzliche Vertretung zu bezeichnen.

Der Abschluß des Rechtsgeschäfts bedeutet juristisch ein Doppeltes.[66]) Die Gesellschaft schafft einerseits durch das Rechtsgeschäft das Organ, verleiht also dem Geschäftsführer die Befugnis der Aus-

---

anmelden, ist, wie Staub § 67 Anm. 4 richtig hervorhebt, eine nicht ganz verständliche gesetzliche Anomalie.

[66]) vgl. auch für das Folgende Lehmann, Aktiengesellschaft II S. 243 f.

übung der der Gesellschaft zustehenden Rechte durch rechtsgeschäftliches Wollen und Handeln. Sie macht ihn damit zum Träger sowohl der gemeinheitlichen Rechte und Pflichten, die der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern zustehen, wie auch der individualrechtlichen, die sie gegen Dritte selbständige Rechtssubjekte hat, dergestalt, daß deren Ausübung durch den Geschäftsführer für die ganze Außenwelt Ausübung durch die Gesellschaft selbst ist. Der Außenwelt gegenüber ist damit sozusagen der Verein als Rechtspersönlichkeit hinter dem Geschäftsführer verschwunden; für sie existiert nur noch der Geschäftsführer als sichtbarer Repräsentant der unsichtbaren Vereinspersönlichkeit.

Dies ist die nach außen gerichtete Seite des Bestellungsaktes. Sie kommt charakteristisch durch die Selbstanmeldung des Geschäftsführers beim Registergericht zum Ausdruck. Handelte es sich um eine Vollmacht im Sinne der Vertretungstheorie, so müßte der Vollmachtgeber der durch das Registergericht repräsentierten Öffentlichkeit gegenüber die Bevollmächtigung vornehmen.

Der Bestellungsakt hat aber auch eine innere Seite, insofern er Rechtsbeziehungen zwischen dem Verein und dem Geschäftsführer als solchen begründet. In diesem inneren Verhältnis bleibt die Vereinspersönlichkeit den Geschäftsführern gegenüber als selbständiges, durch die Gesellschaftergesamtheit repräsentiertes Rechtssubjekt erkennbar. Besagte Rechtsbeziehungen beruhen teils unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift, wie z. B. der Anspruch der Gesellschaft auf sorgfältige Geschäftsführung (§ 43), teils auf besonderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags. Wenn z. B. der Gesellschaftsvertrag anordnet, daß die Geschäftsführer besoldet sein sollen, so bringt die Bestellung einen Anspruch des Geschäftsführers auf Besoldung zur Entstehung.

Diese durch die Bestellung entstandenen inneren Rechtsbeziehungen können erweitert und modifiziert werden durch zweiseitige Abmachungen, die bei Gelegenheit der Bestellung zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern getroffen werden. So können vor allem durch solche besondere Abmachungen auch Beziehungen rein individualrechtlicher Natur, wie der Anspruch auf Vergütung, begründet werden, oder es kann z. B. das durch den Gesellschaftsvertrag beschränkte Widerrufsrecht wieder in vollem Umfange hergestellt werden. Es ist aber besonders darauf hinzuweisen, daß ein vertragliches Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer bereits durch die Bestellung und

deren Annahme selbst entsteht und nicht erst durch eine besondere Abmachung, einen „Anstellungsvertrag". Dies wird besonders deutlich in dem Falle, daß die Annahme des Amts durch den Gesellschaftsvertrag zur allgemeinen Rechtspflicht der Gesellschafter erhoben ist. Dann entstehen jene auf dem Gesetz und gegebenenfalls dem Gesellschaftsvertrag beruhenden inneren Rechtsbeziehungen ja ohne weiteres, ohne jede Handlung des Berufenen, sind also unmittelbarer Ausfluß des gesellschaftsrechtlichen Bestellungsaktes.

Von den bezeichneten Rechtswirkungen der Bestellung im einzelnen wird im folgenden zu handeln sein, und zwar von den nach außen gerichteten im 3. Abschnitt, der dementsprechend von den Funktionen der Geschäftsführer handelt, und von den inneren Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern im 4. Abschnitt.

Die rechtliche Beurteilung der Beendigung des Geschäftsführeramts ergibt sich nach dem oben gesagten von selbst. Es erlischt die organschaftliche Vertretung, d. h. die Handlungen des Geschäftsführers sind nicht mehr Handlungen der Gesellschaft, obwohl bis zur Eintragung der Endigung im Handelsregister Dritten gegenüber der Grundsatz des § 15 HGB. maßgebend bleibt. Andrerseits erlöschen die inneren Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern, aber nicht ohne gewisse rechtliche Nachwirkungen der beendeten Geschäftsführung, worunter der Anspruch des Geschäftsführers auf Entlastung und auf Entschädigung wegen entgangener Vergütung im Falle des Widerrufs zu nennen ist. Davon wird im einzelnen ebenfalls im 4. Abschnitt zu handeln sein.

Dadurch, daß die Beendigung der organschaftlichen Vertretungsmacht durch freien Willensakt des Vertretenen möglich ist, unterscheidet sich diese wieder scharf von der gesetzlichen Vertretung, denn bei dieser ist eine Beendigung des von der Obrigkeit geschaffenen Vertretungsverhältnisses durch Willensakt des Vertretenen begrifflich undenkbar.

Es sei noch auf die die Bestellung und Abberufung betreffenden charakteristischen Unterschiede zwischen der der G. m. b. H. und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hingewiesen, welche für den Gegensatz zwischen der organschaftlichen Vertretung und der bürgerlichen Stellvertretung von Wichtigkeit sind.

Während bei der G. m. b. H. die Bestellung der Geschäftsführer sowohl im Gesellschaftsvertrage wie auch durch besonderen Beschluß

(auch bei den ersten Geschäftsführern) möglich ist, kann bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Bestellung der geschäftsführenden Gesellschafter nach § 710 nur durch den Gesellschaftsvertrag erfolgen. Da der Gesellschaftsvertrag notwendig der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, um überhaupt zustande zu kommen, so ergibt sich, daß auch die Übertragung der Geschäfte auf einen oder mehrere Gesellschafter nur mit Zustimmung aller Gesellschafter zustande kommen kann. Nun bedeutet ja der Gesellschaftsvertrag hier überhaupt nur das laufende Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern, nicht, wie beim Verein, eine das Leben der unsichtbaren Vereinspersönlichkeit regelnde und beherrschende Verfassung. Deshalb können die Gesellschafter hier jederzeit durch neue Übereinkunft das zwischen ihnen bestehende Verhältnis modifizieren und damit sozusagen einen neuen Gesellschaftsvertrag schaffen. Insoweit können sie also auch während des Bestehens der Gesellschaft durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags neue geschäftsführende Gesellschafter bestellen. Eine solche Abänderung bedarf aber unter allen Umständen der Zustimmung aller Gesellschafter, selbst wenn sonst in den Angelegenheiten der Gesellschaft Mehrheitsbeschluß entscheidet.

Dieser Grundsatz ist nur eine notwendige Folgerung aus der Rechtsstellung der geschäftsführenden Gesellschafter als Stellvertreter der Gesellschafter im Gegensatz zum Organ des Vereins. Während das Organ vom Verein als solchem bestellt wird und also auch durch Vereinsbeschluß (in der Regel also durch Mehrheitsbeschluß) bestellt werden kann, wird der Geschäftsführer der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts von allen einzelnen Mitgesellschaftern bevollmächtigt, und deshalb ist es unumgänglich nötig, daß jeder einzelne ihm durch Zustimmung zu der Bestellung seine persönliche Vollmacht erteilt.

Ein weiterer Unterschied findet sich darin, daß bei der G. m. b. H. auch Nichtmitglieder zum Geschäftsführeramte berufen werden können, während das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Gesellschaft nur den Fall der Übertragung auf Gesellschafter vorsieht. Diese letztere Vorschrift ist eine notwendige Folge des Grundsatzes, daß nur im Gesellschaftsvertrage die Bestellung vorgenommen werden kann, denn da der Gesellschaftsvertrag nur gegenseitige Verpflichtungen zwischen den ihn abschließenden Gesellschaftern begründet (§ 705 BGB.), so kann er nicht die (notwendig gegenseitige Rechte und Pflichten

erzeugende) Übertragung der Geschäftsführung auf einen beim Vertragsabschlusse nicht beteiligten Dritten enthalten.

Trotzdem gibt es für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches einen Weg, einen Dritten mit der Geschäftsführung oder Vertretung zu betrauen, nämlich, indem die Gesellschafter einem Dritten einen Auftrag erteilen oder mit ihm einen Dienstvertrag schließen, so gut wie es jedes Einzelsubjekt tun kann, und ihm dadurch also rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilen. Irgendwelche besondere Vorschriften für diesen Fall unter die Bestimmungen über die Gesellschaft aufzunehmen, hatte das Bürgerliche Gesetzbuch keinen Anlaß, da es sich hier um einfache Stellvertretung einer Mehrheit von Einzelpersonen handelt. Daß im Gegensatz dazu das Gesetz betr. die G. m. b. H. auch für die Bestellung Dritter zu Geschäftsführern eingehende Vorschriften trifft, beweist, daß die Bestellung jener etwas ganz anderes ist als ein Auftrag oder Dienstvertrag.

Endlich findet sich bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts *nicht* das an sich unbeschränkte und nur durch den Gesellschaftsvertrag beschränkbare *Recht zum Widerruf* der Bestellung, sondern es ist kraft Gesetzes (§ 712) der Widerruf nur im Falle eines wichtigen Grundes gestattet und damit als *Normalfall* also die *Unwiderruflichkeit* der Übertragung festgesetzt. Es entspricht ganz dem durch die Unterscheidung beider Institute bedingten praktischen Bedürfnisse, daß im einen Falle die Widerruflichkeit, im andern die Unwiderruflichkeit die gesetzliche Norm ist. Denn das Organ des Vereins bildet Vereinswillen, seine Handlung ist Vereinshandlung, selbst sein Delikt ist unter Umständen Vereinsdelikt (s. unten § 13); damit ist eine außerordentliche Gefahr des Mißbrauchs dieser freien Stellung gegeben, und die freie Widerruflichkeit bildet sozusagen ein notwendiges Sicherheitsventil gegen diese Gefährdung, das jeden Augenblick in Bewegung gesetzt werden kann. Der Stellvertreter der Gesellschafter dagegen bleibt immer vom Willen seiner Vollmachtgeber abhängig; er kann diese nach den Vorschriften über die bürgerliche Stellvertretung nicht über die Grenzen der ihm erteilten Vollmacht hinaus verpflichten und auch nur unter besonderen Umständen eine Deliktshaftung der Vertretenen erzeugen. Hier besteht also kein Bedürfnis zu jenem raschen Abhilfsmittel des freien Widerrufs.

III. Die Funktionen der Geschäftsführer.

§ 8.

Im Allgemeinen.

Wir haben das Wesen des Organs im engeren Sinne dahin bestimmt, daß das Organ den Verein als solchen dergestalt vertritt, daß sein Wollen und Handeln — Wollen und Handeln des Vereins ist. Das Wesen des Geschäftsführeramts als einer Organstellung ist also die Vertretung der Vereinspersönlichkeit der Außenwelt gegenüber, d. h. allen andern Rechtssubjekten einschließlich der eigenen Mitglieder gegenüber.

Die Funktionen der Geschäftsführer erschöpfen sich aber nicht darin. Vielmehr bedingt die nach außen gerichtete Vertretungsmacht auch eine Fülle von nach innen gerichteter Tätigkeit, deren Feld die gemeinheitliche Lebenssphäre der Gesellschaft ist. Diese Funktion ist die Geschäftsführung im engeren Sinne. Da das Gesetz mit den Ausdrücken „Geschäftsführer" und „Geschäftsführung" aber die ganze Tätigkeit des Organs umfaßt,[67]) ist es besser und bezeichnender, die innere Tätigkeit die Verwaltungsfunktion zu nennen.

Diese Verwaltung bildet keinen notwendigen Bestandteil der Organstellung und braucht dem vertretungsberechtigten Organ deshalb auch nicht in vollem Umfange zuzustehen. Sie kann ihm aber auch nicht ganz entzogen werden, einerseits weil eine gänzliche Trennung der beiden Funktionen tatsächlich nicht möglich ist, insofern fast jede Vertretungshandlung nach außen eine Verwaltungshandlung nach innen ist oder wenigstens eine Verwaltungshandlung nach innen mit sich bringt, andrerseits weil das Gesetz den Geschäftsführern insbesondere eine Anzahl wichtige, zum Teil unentziehbare Geschäfte zuweist, die

[67]) vgl. z. B. § 46 Ziff. 8.

mit der Vertretung nach außen nichts zu tun haben und also Verwaltungshandlungen sind.[68])

Das Gesetz spricht sich nicht allgemein und ausdrücklich darüber aus, ob und in welchem Umfange den Geschäftsführern der G. m. b. H. die Verwaltung zustehen soll; sein Wille ergibt sich aber aus § 45 f. Die Rechte, welche in den Angelegenheiten der Gesellschaft und insbesondere in bezug auf die Geschäftsführung der Gesellschaftergesamtheit zustehen sollen, sind, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts darüber bestimmt, in §§ 46—51 bezeichnet. § 46 bestimmt den materiellen Umfang, §§ 47—51 die Form der Ausübung dieser Rechte. Außerdem sind noch in einigen besonderen Bestimmungen gewisse Funktionen der Gesellschaftergesamtheit zugewiesen: die Einforderung von Nachschüssen (§ 26), die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 52 in Verbindung mit § 243 HGB.), sowie selbstverständlich die Beschlußfassung über Abänderungen des Gesellschaftsvertrags und Auflösung der Gesellschaft einschließlich der Bestellung von Liquidatoren (§§ 53, 60, 66). Wir können folgern: Soweit die Verwaltung nicht durch § 46 und die andern erwähnten Bestimmungen der Gesellschaftergesamtheit zugesprochen wird, muß sie den Geschäftsführern zustehen. Das heißt: in der Regel, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, steht ihnen die gesamte Verwaltung zu mit Ausnahme der wenigen, ausdrücklich der Gesellschaftergesamtheit zugewiesenen Verwaltungshandlungen.

Die Funktionen der geschäftsführenden Gesellschafter bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches bieten ein ganz anderes Bild. Aus §§ 710, 714 ergibt sich, daß dort die nach innen gerichtete Funktion, die Geschäftsführung, die Hauptsache ist, und daß die Vertretungsfunktion ganz ausgeschlossen werden kann. Wird sie — stillschweigend oder ausdrücklich — mit erteilt, so enthält sie nur die Befugnis, die andern Gesellschafter zu vertreten (§ 714). Von einer organschaftlichen Stellung ist also hier gar nicht mehr die Rede, denn die andern Gesellschafter, die vertreten werden, besitzen selbst volle

---

[68]) Dies ist die herrschende Meinung; vgl. u. a. Staub § 35 Anm. 6; Neukamp § 35 Anm. 3; Parisius-Crüger S. 165 f.; etwas abweichend Birkenbihl § 35 Anm. 5; für die Aktiengesellschaft insbes. Staub, HGB. § 231 Anm. 7; Ring, Aktiengesellschaft S. 522 f.; Lehmann-Ring § 231 Anm. 6; Goldmann II § 231 Anm. 3.

Willens- und Handlungsfähigkeit. Sonach kann es sich hier wiederum nur um eine durch Rechtsgeschäft begründete Stellvertretung der einzelnen nach bürgerlichem Recht handeln, für die alle Vorschriften über jene zur Anwendung kommen.

A. Die Vertretungsfunktion.

§ 9.

Die Träger der Vertretungsmacht.

Wenn nur ein Geschäftsführer vorhanden ist, so vollzieht sich sein Wollen und Handeln für den Verein genau so wie Wollen und Handeln eines Einzelmenschen in seinen persönlichen Angelegenheiten.

Wenn dagegen mehrere Geschäftsführer bestellt sind, so können wir zunächst zwei einfache Möglichkeiten unterscheiden:

1. Jeder einzelne kann für sich unabhängig von den andern den Verein vertreten.

2. Alle Geschäftsführer können ihn nur durch gemeinschaftliches Wollen und Handeln vertreten.

Im ersteren Falle ist jeder einzelne Geschäftsführer Träger der Vertretungsmacht (Einzelvertretung), im letzteren ist es die Gesamtheit der Geschäftsführer (Gesamtvertretung).

Das Gesetz unterscheidet scharf zwischen der Vertretung in der Abgabe von Willenserklärungen für die Gesellschaft und im Empfang von solchen. Für erstere schreibt § 35 vor, daß der Gesellschaftsvertrag über die Form der Willenskundgebung zu bestimmen hat, und daß mangels einer solchen Bestimmung der Grundsatz der Gesamtvertretung gilt. Der Ausdruck „Form" ist ungenau; das Gesetz hat, wie aus Satz 2 des 2. Abs. in § 35 hervorgeht, nicht die Form, sondern die Art der Willenserklärung im Auge,[69]) nämlich ob diese durch sämtliche oder einzelne Geschäftsführer erfolgen soll. Für den Empfang von Willenserklärungen gilt nach dem Gesetz der Grundsatz der Einzelvertretung. Hiervon kann der Gesellschaftsver-

[69]) vgl. Staub § 35 Anm. 8.

trag auch keine Ausnahme machen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, „es genügt" und aus der Erwägung, daß für einen Dritten die Abgabe einer Willenserklärung an die Gesellschaft außerordentlich erschwert würde, wenn auch insoweit Gesamtvertretung gälte. Daß dies der Wille des Gesetzes ist, ist ferner auch aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Vorstand des rechtsfähigen Vereins zu erkennen: § 40 erklärt den in § 28 Abs. 1 enthaltenen Grundsatz der Gesamtvertretung für die Abgabe von Willenserklärungen für dispositiv, den in § 28 Abs. 2 enthaltenen Grundsatz der Einzelvertretung für den Empfang von solchen dagegen nicht.[70])

Bei der Einzelvertretung vollzieht sich die Willensbildung und Handlung ebenso, als ob jeder Geschäftsführer alleiniger Geschäftsführer wäre, m. a. W. als ob er wie ein Einzelindividuum in eigener Sache handle. Bei der Gesamtvertretung dagegen ist gemeinschaftliches Wollen und Handeln nötig. Gemeinschaftlicher Wille wird durch Übereinstimmung des Willens aller erzeugt. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch vorschreiben, daß bei der Willensbildung die Mehrheit der Geschäftsführer entscheide, daß also der Wille der Mehrzahl der gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer als gemeinschaftlicher Wille sämtlicher Geschäftsführer zu gelten habe, so daß auch die nichtzustimmenden sich ihm unterzuordnen und ihn gemeinsam mit den andern zu betätigen haben.[71]) Gemeinschaftliches Handeln liegt vor, wenn alle Geschäftsführer in erkennbarem Zusammenhange handeln. Dies braucht nicht notwendig gleichzeitig zu geschehen, sondern es können z. B., wenn ein Geschäftsführer gerade nicht anwesend ist, die anwesenden Geschäftsführer ihrerseits die Handlung vornehmen und der fehlende kann später seinerseits die Handlung nachholen, sofern nur erkennbar bleibt, daß sein Handeln ein Nachholen ist.[72]) Praktisch wird ein gemeinschaftliches Handeln regelmäßig schon darin zu erblicken sein, wenn ein Geschäftsführer im Beisein seiner Mitgeschäftsführer eine Erklärung in ihrem Namen abgibt

---

[70]) Staub a. a. O.; Förtsch § 35 Anm. 8.

[71]) vgl. Liebmann S. 96 und besonders eingehend Birkenbihl § 35 Anm. 6.

[27]) Ist für eine Gesellschaftshandlung eine Frist, z. B. Kündigungsfrist, einzuhalten, so ist die Handlung nur wirksam, wenn sämtliche Geschäftsführer innerhalb der Frist gehandelt haben; vgl. Rosenthal § 35 Anm. 3.

und jene nicht widersprechen oder sonst durch konkludente Handlung ihr Einverständnis zu erkennen geben.[73]) Grundsätzlich muß aber ein Dritter erkennen können, daß eine gemeinschaftliche Handlung sämtlicher Geschäftsführer vorliegt. Denn da, wie wir sehen werden, jede Abweichung vom Gesamtvertretungsprinzip im Handelsregister eingetragen werden muß, so besteht, sobald kein solcher Eintrag vorliegt, öffentlicher Glaube für die Geltung des Gesamtvertretungsprinzips; damit ein Dritter also die Willenserklärung als Erklärung des Vereins anzuerkennen gezwungen sei, muß die Handlung nach außen als gemeinschaftliche Handlung sämtlicher Geschäftsführer erkennbar sein.

Der Gesellschaftsvertrag kann, wie schon gesagt, von dem Grundsatz der Gesamtvertretung bei der Abgabe von Willenserklärungen abgehen und eine andere Art der Vertretung bestimmen. So kann insbesondere auch dafür Einzelvertretungsbefugnis festgesetzt werden. Es kann auch festgesetzt werden, daß nur je zwei Geschäftsführer zusammen die Gesellschaft vertreten können. Dann haben wir die eigentümliche Erscheinung, daß die Vertretungsmacht nicht ein für allemal auf bestimmten Schultern ruht, sondern sich jeweils auf die betreffenden zusammen handelnden Geschäftsführer konzentriert, dergestalt, daß deren Gesamtheit in jedem einzelnen Falle Trägerin der Vertretungsmacht ist und den Verein repräsentiert. Auch andere Bestimmungen können mit ähnlicher Wirkung im Gesellschaftsvertrag getroffen werden, z. B. daß die einen individuell bestimmten Geschäftsführer jeder für sich, die andern nur zu je zwei oder gemeinschaftlich vertretungsberechtigt sein sollen.[74])

Es steht übrigens nichts im Wege, daß auch, wenn nur mehrere Geschäftsführer gemeinsam vertretungsberechtigt sind, diese einen andern einzelnen Geschäftsführer zur Vornahme eines bestimmten Geschäfts bevollmächtigen. Ebensogut können sie auch einen Dritten bevollmächtigen, und es liegt dann einfach rechtsgeschäftliche Stellvertretung vor, auf die die Grundsätze des bürgerlichen Rechts Anwendung finden. Vollmachtgeber ist dann nicht die Gesellschaft unmittelbar, sondern die vertretungsberechtigte Geschäftsführermehrheit.

---

[73]) vgl. Staub § 35 Anm. 11; Birkenbihl § 35 Anm. 13.

[74]) Auf die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag auch die Vertretung der Gesellschaft durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen anordnen kann, wird später (§ 14) noch einzugehen sein.

In ihrem Namen und dadurch mittelbar im Namen der Gesellschaft gibt der Bevollmächtigte seine Erklärung ab.

Es muß auch als zulässig erachtet werden, daß die vertretungsberechtigten Geschäftsführer einem Einzelnen (d. h. einem andern Geschäftsführer oder einem Dritten) eine allgemeine Vollmacht für bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften erteilen. Dann liegt, da die G. m. b. H. immer Kaufmannseigenschaft hat, eine Handlungsvollmacht im Sinne des Handelsgesetzbuchs vor, die nach den Vorschriften des HGB. § 54f. zu beurteilen ist.[75]) Nur eine Bestellung zum gesamten Geschäftsbetriebe würde dem Grundsatz der Gesamtvertretung widersprechen, indem dadurch die Geschäftsführer ihre ganze Vertretungsmacht praktisch auf einen einzelnen übertrügen. Deshalb unterstellt auch für diesen Fall das Gesetz in § 46 Ziff. 7 die Erteilung einer Vollmacht ausschließlich der Bestimmung der Gesellschaftergesamtheit. Damit ist aber zugleich ausgesprochen, daß die Geschäftsführer zur Bestellung von Bevollmächtigten, soweit es sich nicht um eine Vollmacht „zum gesamten Geschäftsbetriebe" handelt, der Genehmigung der Gesellschaftergesamtheit nicht bedürfen.

Daß mehrere nur gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer einem von ihnen selbst eine Vollmacht erteilen (sei es für ein einzelnes oder eine bestimmte Art von Geschäften), könnte für unzulässig gehalten werden, denn dann läge eine teilweise Selbstbevollmächtigung vor, also, wie es scheint, ein gesetzlich unzulässiges „Rechtsgeschäft mit sich selbst" (vgl. unten § 11 S. 53f.). Für die Aktiengesellschaft hat das Gesetz aber in § 232 Abs. 1 Satz 2 diese Bevollmächtigung ausdrücklich und besonders zugelassen (so auch in § 125 für die offene Handelsgesellschaft). Es erscheint unbedenklich, diese Vorschrift analog auf die G. m. b. H. auszudehnen und auch im Verhältnis mehrerer Geschäftsführer untereinander diese teilweise Selbstbevollmächtigung zuzulassen,[76]) zumal auch das BGB. in § 181 ein „Rechtsgeschäft mit sich selbst" nur soweit für unzulässig erklärt, als dem Vertreter nicht

---

[75]) Staub, G. m. b. H. § 35 Anm. 14f.; Birkenbihl S. 191; Neukamp S. 85; Merzbacher § 46 Anm. 7; vgl. auch Entsch. des RG. in der JZ. 1902 S. 452 Nr. 82 und Staub, HGB. § 232 Anm. 7.

[76]) Staub § 35 Anm. 16; Parisius-Crüger § 35 Anm. 7; dagegen Förtsch S. 97. Für den analogen Fall bei der Gesamtprokura vgl. Staub, HGB. § 48 Anm. 13; Makower 48 IV.

„ein anderes gestattet ist", und man mit Dernburg (Bürgerliches Recht I, 497) annehmen kann, daß diese Verstattung keine ausdrückliche zu sein braucht.

Jede besondere Bestimmung des Gesellschaftsvertrags über die Befugnis der Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft ist nach § 10 Abs. 2 in das Handelsregister einzutragen. Diese Bestimmung kann sich nur auf den bezeichneten Fall beziehen, daß der Gesellschaftsvertrag an Stelle der Gesamtvertretung bei der Abgabe von Willenserklärungen eine andere Vertretungsart festsetzt. Denn andere nach außen wirksame Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis kann der Gesellschaftsvertrag nicht treffen, insbesondere keine Einschränkung der Vertretungsbefugnis (s. im folgenden §).[77])

§ 39 bestimmt noch besonders, daß außer jeder Änderung in den Personen der Geschäftsführer auch „die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers" zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden sei. Welchen Fall hier das Gesetz im Auge hat, ist nicht ganz klar. Denn eine Endigung der Vertretungsbefugnis durch Endigung des Geschäftsführeramts überhaupt ist eine „Änderung in den Personen" und brauchte darum nicht besonders erwähnt zu werden. Eine Endigung der Vertretungsbefugnis ohne Endigung des Amts ist anderseits nicht denkbar. Man könnte an eine Endigung der Vertretungsbefugnis in dem Sinne denken, daß die einem Geschäftsführer zustehende Einzelvertretungsbefugnis in eine Gesamtvertretungsbefugnis umgewandelt würde;[78]) dies ist aber nur durch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags möglich, und eine solche ist nach § 54 schon anzumelden und einzutragen, so daß auch hier jene Sondervorschrift überflüssig würde. Es kommt nur ein Fall hier in Betracht: wenn nämlich nach dem Gesellschaftsvertrag besagte Um-

---

[77]) Staub § 10 Anm. 7; Förtsch § 10 Anm. 3; Birkenbihl § 10 Anm. 4.

[78]) So Staub § 39 Anm. 1, der auch den umgekehrten Fall hierher rechnet. Eine Umwandlung der Gesamtvertretungsbefugnis in Einzelvertretungsbefugnis ist aber nicht Endigung der Vertretungsmacht eines Geschäftsführers, sondern nur Erweiterung derselben. Anders liegt der Fall bei § 234 HGB., wo von einer „Änderung der Vertretungsbefugnis" gesprochen wird. Weshalb unser Gesetz nur von der „Endigung" spricht, ist allerdings nicht verständlich.

wandlung der Einzelvertretungsbefugnis in Gesamtvertretungsbefugnis ohne Abänderung des Gesellschaftsvertrages möglich, also z. B. ins Ermessen des Aufsichtsrats gestellt ist (entsprechend der in § 232 Abs. 2 Satz 2 HGB. gegebenen Vorschrift, gegen deren Anwendbarkeit bei den G. m. b. H. sich kaum Zweifel erheben können). Nur in diesem Falle wird sich eine besondere Anmeldung der Endigung der Vertretungsbefugnis als solcher notwendig machen.[79])

Die über die Befugnis zur Abgabe von Willenserklärungen geltenden Grundsätze gelten ebenso von der Zeichnung der Geschäftsführer für die Gesellschaft. Dies geht ebenfalls aus § 35 Abs. 2 hervor. In der Regel gilt danach, daß die Geschäftsführer nur gemeinschaftlich für die Gesellschaft zeichnen können, und daß der Gesellschaftsvertrag etwas anderes hierfür bestimmen kann. Da Willenserklärung und Zeichnung fast immer Hand in Hand gehen, so ist anzunehmen, daß eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, die für die Willenserklärung eine Abweichung vom Grundsatze der Gesamtvertretung festsetzt, ohne weiteres auch für die Zeichnung Geltung hat.

§ 10.

Begriff und Umfang der Vertretungsmacht.

Das Gesetz bestimmt im § 35 Abs. 1: Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Damit stellt es die Geschäftsführer als das ordentliche ständige Organ für die Vertretung der Gesellschaft hin und weist ihnen die beiden Hauptgebiete rechtlichen Wollens und Handelns zu: Die Rechtshandlungen und die Rechtsverfolgung, beides im denkbar weitesten Sinne.

Der gleichen Ausdrucksweise bedient sich das Bürgerliche Gesetzbuch bezüglich des Vorstands des rechtsfähigen Vereins in § 26; es

---

[79]) Birkenbihl S. 206 gibt eine andere Erklärung, wonach sich die Bestimmung auf eine vorläufige Amtsenthebung durch bedingten Widerruf oder durch gerichtliche einstweilige Verfügung beziehen soll. Das Gesetz hätte dann aber klarer von „vorläufiger Entziehung" oder ähnlich sprechen müssen, wenn Birkenbihls Ansicht begründet erscheinen sollte.

fügt dort hinzu: „Der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters."

Da wir die subsidiäre Anwendbarkeit der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Vorstand des rechtsfähigen Vereins auf die Geschäftsführer der G. m. b. H. im allgemeinen anerkannt haben, müssen wir den Sinn jener Vorschrift näher ins Auge fassen und uns über ihre Anwendbarkeit auf die Geschäftsführer schlüssig machen.

Scheinbar stellt sich das Bürgerliche Gesetzbuch auf den Standpunkt der Stellvertretungstheorie. Was ein gesetzlicher Vertreter ist, spricht das Bürgerliche Gesetzbuch nirgends einheitlich und ausdrücklich aus. Es steht aber außer Zweifel, daß der Begriff der gesetzlichen Vertretung unter den im Abschn. 3 Titel 5 des allgemeinen Teils behandelten Begriff der „Vertretung", also der bürgerlichen Stellvertretung fällt. Denn in diesem Titel werden eine Anzahl Vorschriften ausdrücklich auf den engeren Begriff der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht, die das Gesetz „Vollmacht" nennt, beschränkt. Der allgemeine Begriff „Vertretung" in diesem Titel umfaßt also jedenfalls die einzig mögliche andere Art der Vertretung, d. i. die gesetzliche Vertretung, mit. Von der Vertretung im allgemeinen handeln §§ 164, 165 und 166 Abs. 1; die folgenden Vorschriften (§§ 166 Abs. 2 bis 176) beziehen sich ausdrücklich nur auf die Vollmacht.

Das Gesetz stellt in § 164 für den Begriff der bürgerlichen Stellvertretung im allgemeinen die grundlegende Vorschrift auf, daß eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, gleichviel ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll. Der gleiche Grundsatz wie für die Abgabe einer Willenserklärung soll nach Abs. 3 für den Empfang einer solchen gelten.

Paßt diese gesetzliche Umschreibung des Begriffs der bürgerlichen Stellvertretung nun auf die rechtliche Stellung der Geschäftsführer?

Das Gesetz betr. die G. m. b. H. sagt in § 36 in einer auf den ersten Blick ganz ähnlichen Vorschrift folgendes:

„Die Gesellschaft wird durch die in ihrem Namen von den Geschäftsführern vorgenommenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet;

es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft vorgenommen worden ist oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Beteiligten für die Gesellschaft vorgenommen werden sollte."

Kein Unterschied ist es, daß das Bürgerliche Gesetzbuch von der Abgabe von Willenserklärungen und deren Empfang besonders spricht, während unser Gesetz den beides umfassenden Ausdruck „Rechtsgeschäfte" gebraucht; ein tiefgreifender Unterschied aber liegt darin, daß in unserm Gesetz die Worte „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht" fehlen.

Während bei der Vertretung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Wirksamkeit einer Vertreterhandlung für und gegen den Vertretenen davon abhängt, daß sie sich innerhalb der Grenzen der erteilten Vertretungsmacht hielt, gilt diese Einschränkung hier nicht, sondern jedes Rechtsgeschäft der Geschäftsführer verpflichtet und berechtigt die Gesellschaft, sobald es in ihrem Namen vorgenommen wird. Mit andern Worten: für die Geschäftsführer gibt es keine Unterscheidung von Handlungen innerhalb oder außerhalb der Vertretungsmacht, sondern die Vertretungsmacht ist unbeschränkt kraft Gesetzes. Die Vertretung der Geschäftsführer ist also eine andere als die gesetzliche Vertretung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es ist die reinste Form der **organschaftlichen Vertretung**, die überhaupt denkbar ist, da in diesem Grundsatz des unbeschränkten Umfangs der Vertretungsmacht zum Ausdruck kommt.

Organschaftliche Vertretung erfordert ihrer inneren Natur nach diese Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit. Denn bei ihr haben wir nicht zwei Subjekte, von denen das eine für das andere will und handelt und infolgedessen in seinem Willen an das zwischen beiden bestehende Rechtsverhältnis gebunden bleibt, wie bei der bürgerlichen Stellvertretung, so daß des Vertreters Wille nur dann für den Vertretenen wirkt, wenn er sich innerhalb der durch jenes Verhältnis begründeten Vertretungsmacht hält. Hier ist nur ein Willenssubjekt gegeben, dessen Wille Vereinswille ist und darum der Außenwelt gegenüber an ein solches inneres Vertretungsverhältnis nicht gebunden sein kann, weil ein solches im Sinne eines zweiseitigen Rechtsverhältnisses der Außenwelt gegenüber gar nicht existiert. Organwille ist Wille des Rechtssubjektes selbst, und wie der Einzelwille eines

Individuums frei beweglich. Ein geschäftsfähiger Einzelmensch kann sich wohl vertragsmäßig gebunden haben, in seinen eigenen Angelegenheiten etwas nicht zu wollen oder zu tun; Dritten gegenüber bleibt er frei in seiner Willens- und Handlungsfähigkeit, und was er will und tut, das löst für ihn die Rechtswirkungen aus ohne jede Rücksicht auf jene Gebundenheit andern gegenüber. Genau das gleiche gilt beim Organ: auch das Organ kann vertragsmäßig (und zwar durch Vertrag sozialrechtlicher Art) verpflichtet sein, in gewissem Sinne nicht zu wollen und zu handeln, bleibt aber doch dergestalt frei in seinem Wollen und Handeln nach außen, daß die Rechtswirkungen ohne Rücksicht auf seine Gebundenheit eintreten. Eine solche Unbeschränkbarkeit ist überhaupt nur vom Standpunkte der Organtheorie aus verständlich; vom Standpunkt der Stellvertretungstheorie aus ist sie unmöglich, weil § 164 BGB. sie mit den Worten „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht" ausschließt.

Wie erwähnt, ist die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht schon in § 36 ausgesprochen. Es sei auch noch auf den charakteristischen Unterschied in der Ausdrucksweise im Vergleiche zu § 164 BGB. hingewiesen. Hier: „die Gesellschaft wird durch das in ihrem Namen vorgenommene Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet", d. h. die im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und dem Dritten; dort: „ein Rechtsgeschäft wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen", d. h. das Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft zwischen Vertreter und Dritten mit Rechtswirkung für und gegen den Vertretenen. Auch in dieser Ausdrucksweise kennzeichnet sich der Unterschied zwischen organschaftlicher Vertretung und Stellvertretung.

Weiter sagt ausdrücklich § 37, daß, obwohl Beschränkungen im inneren Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft an sich zulässig und wirksam sind,[81]) diese Beschränkungen Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung haben.[82]) Man wird unbedenklich hinzusetzen können: selbst wenn die Dritten sie kannten

[81]) Näheres s. unten § 20.

[82]) Durch § 37 wird gewissermaßen § 36 unnötig und könnte ebensogut fehlen, wie die gleichlautende Vorschrift in Art. 230 des alten HGB. im neuen als durch § 235 überflüssig gemacht weggefallen ist (vgl. Parisius-Crüger § 36 Anm. 1; Denkschrift zum HGB. S. 155).

oder kennen mußten. Nur wenn die Geschäftsführer wider besseres Wissen zum Nachteil der Gesellschaft ihre Vertretungsmacht überschritten haben und der Dritte das wußte, ist das Rechtsgeschäft nach § 138 BGB. nichtig.[83])

Im einzelnen erklärt § 37 einige Arten von Beschränkungen für unwirksam, zunächst die Beschränkung auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften. Also kann auch der Zweck des Vereins keine Schranke nach außen bilden; auch Geschäfte, die ganz außerhalb des Rahmens des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft fallen, sind rechtswirksam für und gegen die Gesellschaft.[84]) Ferner ist eine Beschränkung nach Zeit, Art oder gewissen Umständen unwirksam, und ebenso eine Bindung des organschaftlichen Wollens und Handelns an die Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit oder eines Organs der Gesellschaft, z. B. des Aufsichtsrats oder endlich — was selbstverständlich sein dürfte — an die Zustimmung Dritter.

Eine Einschränkung in dem Sinne, daß Geschäftsführer nur unter gewissen Umständen vertretungsberechtigt sein sollen, liegt immer dann vor, wenn „stellvertretende Geschäftsführer" (§ 44) bestellt werden. Denn, wie oben (S. 10) erwähnt, sind diese rechtlich Geschäftsführer; ihre Vertretungsmacht ist aber auf den Fall beschränkt, daß sie für einen verhinderten ordentlichen Geschäftsführer in Tätigkeit treten. Daraus folgt, daß ihre Vertretungsberechtigung Dritten gegenüber nicht davon abhängig ist, daß der Vertretungsfall wirklich vorliegt. Nur der Gesellschaft gegenüber sind sie verpflichtet, nicht vor Eintritt dieses Falles in Tätigkeit zu treten; nach außen ist eine solche Beschränkung wirkungslos.[85])

Keine solche Beschränkung liegt dagegen in dem Gebundensein eines einzelnen Geschäftsführers an den Willen der andern beim Grundsatz der Gesamtvertretung. Denn hier wird keine einem Subjekte zustehende Vertretungsmacht eingeschränkt, vielmehr ist von vornherein die Vertretungsmacht mehreren nur gemeinschaftlich übertragen.

---

[83]) Staub § 37 Anm. 12; Liebmann § 37 Anm. 3; Neukamp § 37 Anm. 2; Birkenbihl § 37 Anm. 3; Merzbacher § 37 Anm. 3; Parisius-Crüger S. 179.

[84]) Staub § 37 Anm. 6.

[85]) vgl. Staub § 44 Anm. 4.

Die Vertretungsmacht als solche bleibt also auch in diesem Falle uneingeschränkt.

„Dritte" Personen im Sinne des § 37 Abs. 2 sind alle, denen gegenüber die Geschäftsführer die Gesellschaft vertreten, also, wie sich besonders aus der Gegenüberstellung zu Abs. 1 ergibt, alle Rechtssubjekte außer der Gesellschaft selbst. Mithin sind auch die Gesellschafter als Dritte anzusehen, wenn die Geschäftsführer ihnen gegenüber als Vertreter der Vereinspersönlichkeit auftreten. Meist wird es sich hierbei um Fälle handeln, wo die Gesellschafter nicht in ihrer Eigenschaft als solche, sondern als Dritte mit der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschließen. Doch können es auch Geschäfte sein, die nur der innergesellschaftlichen Sphäre angehören und in denen also die Gesellschafter als solche dem Geschäftsführer gegenübertreten, z. B. wenn ein an sich allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer, dem durch Beschluß des Aufsichtsrats die Befugnis zur Einkassierung von Mitgliederbeiträgen entzogen ist, trotzdem von den Gesellschaftern solche einzieht. Es besteht kein Grund, diese Fälle anders zu behandeln; auch hier müssen die Gesellschafter als Dritte gegenüber der durch den Geschäftsführer repräsentierten Vereinspersönlichkeit gelten.[86]) Deshalb müßte in dem erwähnten Beispielsfalle die Gesellschaft die geleistete Zahlung und von dem betreffenden Geschäftsführer etwa ausgestellte Quittung gegen sich gelten lassen.

§ 11.

Von der Vertretung in den Rechtsgeschäften insbesondere.

Natürlich sind nur diejenigen Handlungen der Organperson Körperschaftshandlungen, die sie in ihrer Eigenschaft als Organ vornimmt. Ob sie das tun will oder nicht, hängt lediglich von ihrem Willen ab. Eine Rechtshandlung eines Geschäftsführers ist also dann seine Privathandlung, wenn er sie in seiner

---

[86]) Die Kommentare wollen fast sämtlich die Gesellschafter, soweit sie als solche den Geschäftsführern gegenüber auftreten, nicht als Dritte im Sinne des § 37 Abs. 2 gelten lassen; vgl. Staub § 37 Anm. 10; Neukamp § 37 Anm. 3; Förtsch § 37 Anm. 6; Merzbacher § 37 Anm. 3; Parisius-Crüger S. 179. Nur Birkenbihl S. 200 vertritt den oben dargelegten Standpunkt.

eigenen Privatrechtssphäre mit dem Willen vornimmt, daß sie nur für und gegen seine Person Rechtswirkungen auslöse; sie ist Organhandlung, wenn er sie in seiner Eigenschaft als Organ mit dem Willen ausführt, daß sie für und gegen die Gesellschaft Rechtswirkungen hervorbringe.

Damit eine solche Körperschaftshandlung aber rechtsgeschäftliche Wirkungen für die Gesellschaft tatsächlich hervorbringt, muß es *für den Dritten erkennbar sein*, daß der Geschäftsführer sie mit dem Willen vornimmt, als Organ aufzutreten. Das heißt: Das Rechtsgeschäft muß *im Namen* der Gesellschaft vorgenommen werden. Es macht daher keinen Unterschied, ob das Handeln ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschieht, oder ob die Umstände ergeben, daß es im Namen der Gesellschaft vorgenommen wurde (§ 36).

An *weitere Voraussetzungen* ist die Rechtswirkung eines im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfts *nicht gebunden*, insbesondere nicht daran, daß es in die durch den satzungsgemäßen Zweck der Gesellschaft gebildete Lebenssphäre derselben falle. Denn die Vertretungsmacht der Geschäftsführer zu Rechtsgeschäften ist ja unbeschränkbar und kann deshalb durch die Vereinsverfassung nicht auf diejenigen Geschäfte beschränkt werden, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Einzig an den Grenzen, die der Rechtsfähigkeit der juristischen Person überhaupt gezogen sind, findet auch die Befugnis der Geschäftsführer zur Vornahme rechtsgeschäftlicher Handlungen ihre natürliche Schranke.

Ist es für den Dritten überhaupt nicht erkennbar, daß der mit ihm kontrahierende Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft handelt, tritt also der Geschäftsführer für die Außenwelt wie ein Einzelindividuum auf, so können wir ohne Bedenken einen Satz des Individualrechts auf ihn anwenden, der für die bürgerliche Stellvertretung gilt (§ 164 Abs. 2 BGB.), daß nämlich der Wille des Vertreters, nicht in eigenem Namen zu handeln, für den Dritten nicht in Betracht kommt, er also den Geschäftsführer *persönlich* aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte in Anspruch nehmen kann. Dies ist der einzige Fall, wo aus einem vom Geschäftsführer in organschaftlicher Vertretung vorgenommenen Rechtsgeschäfte eine persönliche rechtsgeschäftliche Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem Dritten, mit dem kontrahiert wird, entsteht.

Im umgekehrten Falle, bei der *Scheinvertretung*, kommt

ebenfalls Individualrecht (§ 177 f. BGB.) zur entsprechenden Anwendung.[90]) Scheinvertretung liegt dann vor, wenn jemand vorgibt, als vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Gesellschaft zu handeln; besonders wichtig wird hier der Fall sein, daß ein nur gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer sich Dritten gegenüber die Befugnis zur Einzelvertretung beilegt. Da der betreffende Kontrahent in diesem Falle nicht Träger der organschaftlichen Vertretungsmacht ist, wirkt seine rechtsgeschäftliche Handlung nicht für und gegen die Gesellschaft. Vielmehr entstehen Rechtsbeziehungen nur zwischen dem Dritten und dem Scheinvertreter persönlich, und diese beurteilen sich natürlich nach Individualrecht; es gelten die Vorschriften in § 177 BGB. mit der Maßgabe, daß für die Kenntnis des Dritten die Grundsätze vom öffentlichen Glauben des Handelsregisters zu berücksichtigen sind. Es steht auch nichts im Wege, eine Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch die Gesellschaft in dem vom Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Umfange zuzulassen, denn auch das Verhältnis zwischen dem Scheinvertreter und der Gesellschaft beurteilt sich nach Individualrecht, weil die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen Gesellschaft und ihrem Organ nicht auf jenes Verhältnis angewendet werden können. Die Genehmigung des Geschäfts muß aber durch die Gesellschaft als solche geschehen, also durch Willenserklärung der vertretungsberechtigten Geschäftsführer.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat für die Stellvertretung im allgemeinen noch zwei allgemeine Grundsätze aufgestellt. In § 166 schreibt es vor, daß, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommen soll. Der gleiche Satz ist für die organschaftliche Vertretung selbstverständlich. Denn da es sich hier nur um ein denk- und willensfähiges Subjekt handelt, den Geschäftsführer, dessen Handlungen solche des Vereins sind, kann nur seine Person für diese subjektiven Momente in Frage kommen.

Ferner gibt das BGB. in § 181 eine Vorschrift, daß ein Vertreter, soweit ihm nicht ein andres gestattet ist, im Namen des Ver-

---

[90]) Staub § 36 Anm. 13; Birkenbihl § 36 Anm. 2.

tretenen mit sich in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten kein Rechtsgeschäft vornehmen kann, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Darüber, ob ein gleicher Grundsatz für die organschaftliche Vertretung gilt, gibt unser Gesetz keinen unmittelbaren Aufschluß. Es liegt aber auf der Hand, daß die Gefahr der Interessenkollision, die das Bürgerliche Gesetzbuch zu jener Vorschrift zwang, für das organschaftliche Vertretungsverhältnis eher in noch größerem Maße gilt und deshalb eine analoge Anwendung jener Vorschrift wohl zu rechtfertigen vermag.[91]) Es muß deshalb nicht nur das Kontrahieren eines alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers mit sich selbst, sondern auch das einer nur gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführermehrheit mit einem der sie bildenden Einzelgeschäftsführer für unzulässig erachtet werden. Denn eine solche Geschäftsführergesamtheit bildet keine juristische Person, d. h. sie ist nicht von der Summe ihrer Einzelmitglieder verschieden. Wenn also zwei gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer mit einem von ihnen ein Rechtsgeschäft schließen wollten, so würde dies kein Geschäft zwischen zwei verschiedenen Subjekten, der Geschäftsführergesamtheit und einem Einzelgeschäftsführer sein, sondern zum Teil ein solches zwischen den beiden Geschäftsführern und zum Teil ein solches des einen Geschäftsführers mit sich selbst.

Die Richtigkeit dieser Folgerung wird durch den schon erwähnten Satz des HGB. in § 232 Abs. 1 Satz 2 erwiesen, der ausdrücklich die teilweise Selbstbevollmächtigung eines einzelnen Vorstandsmitglieds durch den Gesamtvorstand zuläßt; zu dieser besonderen Vorschrift läge kein Anlaß vor, wenn nicht an sich ein solches Selbstkontrahieren unzulässig wäre.[92])

Nach § 181 ist ein Vertreter aber dann zum Kontrahieren mit sich selbst befugt, wenn ihm dies gestattet ist. Wie schon erwähnt, braucht diese Verstattung keine ausdrückliche zu sein, sondern ist häufig nach dem Zweck der Bevollmächtigung gemäß der Verkehrsgewohnheit als selbstverständlich anzunehmen. Auch diese weitherzige, aber not-

---

[91]) vgl. Staub § 36 Anm. 14; Merzbacher § 36 Anm. 3; Parisius-Crüger S. 171.

[92]) Daß wir die Zulassung dieser Selbstbevollmächtigung auch für den Geschäftsführer der G. m. b. H. für unbedenklich halten, ist schon oben (S. 44) ausgesprochen worden.

wendige Auslegung ist für die Vertretung der Geschäftsführer in gleichem Umfange anwendbar. —

Für das ganze weite Gebiet der Rechtsgeschäfte, die der vertretungsberechtigte Geschäftsführer auf Grund seiner im vorstehenden gekennzeichneten Vertretungsmacht für die Gesellschaft abschließen kann, gilt natürlich, da es sich um Rechtsbeziehungen nach außen handelt, das bürgerliche Recht und, da die G. m. b. H. ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens Kaufmannseigenschaft hat (§ 13 Abs. 3 verbunden mit § 6 HGB.), das Handelsrecht.

Lediglich über die Form der Zeichnung enthält unser Gesetz noch eine Vorschrift, auf die an dieser Stelle hinzuweisen ist.

Nach § 35 Abs. 3 erfolgt die Zeichnung der Geschäftsführer für die Gesellschaft in der Weise, daß die zeichnenden Geschäftsführer zur Firma der Gesellschaft ihre Namensunterschrift beifügen. Von Bedeutung ist die Vorschrift jedenfalls nur, soweit überhaupt Schriftform, sei es durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft, vorgeschrieben ist. Aber auch da gestattet die Vorschrift eine weitgehende Auslegung. Das Gesetz spricht nur von Namensunterschrift und verlangt deshalb nicht, daß die Firmenbezeichnung auch von den Zeichnenden handschriftlich hergestellt werde. Es genügt also der allgemein übliche Firmenstempelabdruck. Man wird es auch für genügend erachten können, wenn es sich aus dem Kopf des Schriftstücks, dem Kontext oder aus sonstigen Umständen ergibt, daß die darin enthaltene Erklärung von der Firma als solcher ausgeht, wenn nur dem Erfordernis der handschriftlichen Namensunterschrift genügt ist. An diesem Erfordernis wird man aber festzuhalten haben.[94])

Die Namensunterschrift durch einen Namenszugstempel zu ersetzen, ist unzulässig, weil ein solcher keine Unterschrift ist und keinen Beweis dafür erbringt, daß er vom Inhaber des Namens herrührt. Auch eine handschriftliche Unterzeichnung der Firma ohne Namensbeifügung genügt nicht, weil in diesem Falle für Dritte nicht erkennbar ist, ob

---

[94]) vgl. Parisius-Crüger S. 174. Die herrschende Lehre, daß die ganze Vorschrift nur instruktionell zu nehmen sei (Staub § 35 Anm. 39; Förtsch § 35 Anm. 10; Merzbacher § 35 Anm. 5; Liebmann § 35 Anm. 9; Entsch. des RG. Bd. 50 S. 51 f.; vgl. auch die Kommentare zum HGB. § 233) geht etwas weit.

die Zeichnung von einem zur Vertretung der Firma Berechtigten erfolgt ist.

Nur bei der Wechselzeichnung wird man nach der herrschenden Ansicht,[95]) dem zwingenden Charakter der wechselrechtlichen Formvorschriften entsprechend, an strenger Einhaltung der in § 35 Abs. 3 vorgeschriebenen Form festhalten müssen, so daß es also nicht genügt, wenn die Firma sich nur aus dem Text ergibt usw. Dagegen erscheint die Verwendung eines Firmenstempels bei handschriftlicher Namenszeichnung auch hier zulässig, da ja § 35 Abs. 3 die handschriftliche Zeichnung der Firma überhaupt nicht verlangt.

§ 12.

Die gerichtliche Vertretung.

Die Geschäftsführer vertreten die Gesellschaft nach § 35 Abs. 1 auch gerichtlich und zwar im weitesten Sinne, nicht nur in Prozessen, sondern auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und insbesondere auch ihrem eigenen Registergericht gegenüber. Auf allen diesen Gebieten gilt der bisher schon ausgeführte oberste Grundsatz, daß die von den Geschäftsführern namens der Gesellschaft vorgenommenen Handlungen solche der Gesellschaft selbst sind.

I. Daß die Gesellschaft als rechtsfähiges Subjekt auch als solche parteifähig ist, steht außer Frage, und ist in § 13 Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochen. Fraglich ist aber, ob man sie auch als prozeßfähig bezeichnen kann. Nach § 51 ist prozeßfähig, wer sich durch Verträge verpflichten kann. Man muß dies im engsten Sinne auslegen: wer sich in Person durch eigene Handlung verpflichten kann. Nur wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr unmittelbar in Person als Träger von Rechten und Pflichten auftritt, kann vor Gericht in eigener Person seine Rechte und Pflichten vertreten.

Daraus ergibt sich die naheliegende Folgerung: wer nur durch organschaftliche Vertreter im rechtsgeschäftlichen Verkehr wollen und handeln kann, kann auch vor Gericht nur durch organschaftliche Vertreter wollen und handeln.

---

[95]) Staub, Liebmann a. a. O.; Neukamp § 36 Anm. 6; Birkenbihl S. 193.

Ob man dies Prozeßfähigkeit nennt oder nicht, ist Sache des Ausdrucks und im praktischen Ergebnis bedeutungslos. Wenn man nach dem Grundsatze der organschaftlichen Vertretung die Handlungen der Geschäftsführer als eigene Handlungen der Körperschaft betrachtet, muß man ihr die Prozeßfähigkeit zusprechen, weil sie sich ja durch eigene Verträge verpflichten kann;[96]) aber auch diese Prozeßfähigkeit kann natürlich nur durch die organschaftlichen Vertreter ausgeübt werden. Auf der anderen Seite kann man auch folgern: Obwohl die Handlungen des Organs rechtlich eigene Handlungen des Vereins sind, bildet doch das Organ tatsächlich eine Mittelsperson zwischen Gesellschaft und Außenwelt, und demnach fehlt der Gesellschaft die Fähigkeit, sich durch Verträge dergestalt unmittelbar zu verpflichten, wie sie nach § 51 als Voraussetzung der Prozeßfähigkeit zu gelten hat.[97])

Jedenfalls gilt auch für die Rechtsverfolgung im Prozesse der Grundsatz der organschaftlichen Vertretung, und es sind darauf alle entwickelten Grundsätze über die Vertretung in Rechtsgeschäften anzuwenden, soweit das Gesetz sie nicht etwa ausdrücklich auf letztere beschränkt.

Es gelten deshalb die Grundsätze von Gesamt- und Einzelvertretung auch für Erklärungen im Prozeß und ebenso der Satz, daß eine Erklärung, die gegenüber der Gesellschaft abzugeben ist, nur gegenüber einem Geschäftsführer abgegeben zu werden braucht.

Dem trägt auch für den besonderen Fall der Zustellung an die Gesellschaft die ZPO. Rechnung, indem sie in § 171 die Zustellung an einen von mehreren „Vorstehern" eines parteifähigen Vereins für genügend erklärt.

Auch über die Bevollmächtigung eines einzelnen Geschäftsführers zur Prozeßführung sind die oben (S. 44) erörterten Grundsätze anzuwenden. Tritt ein Geschäftsführer auf Grund einer ihm durch Rechtsgeschäft erteilten Ermächtigung für die Gesellschaft im Prozeß auf, so ist er Prozeßbevollmächtigter im Sinne der Zivilprozeßordnung.

---

[96]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 733; Seuffert, ZPO. § 52 Anm. 4.

[97]) Die Prozeßfähigkeit verneinen: Staub § 13 Anm. 9; Birkenbihl § 13 Anm. 6; Parisius-Crüger S. 111; Gaupp-Stein, ZPO. § 51 V; Petersen S. 135, 4a.

Auch der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht wird auf die Vertretung im Prozesse anzuwenden sein, da § 37 Abs. 2 nur ganz allgemein von Vertretung spricht. Die Geschäftsführer können also jede Art von Prozeßhandlungen mit bindender Wirkung für die Gesellschaft vornehmen, insbesondere auch Vergleiche schließen sowie Verzichte und Anerkenntnisse aussprechen, auch wenn ihre Vertretungsmacht durch innere Abmachungen in dieser Hinsicht beschränkt sein sollte.

Die Legitimation der Geschäftsführer dem Gericht gegenüber ist dieselbe wie sonst der Außenwelt gegenüber: Sie sind durch ihre Eintragung im Handelsregister legitimiert und müssen diese also dem Prozeßgericht nachweisen. Die Vorschrift des § 56 ZPO., wonach das Gericht den Mangel der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters von Amts wegen zu berücksichtigen hat, muß auch auf den organschaftlichen Vertreter analog angewendet werden.

Für die Prozesse der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer und umgekehrt gilt natürlich die Vertretungsberechtigung der Geschäftsführer nicht. Von diesen besonderen Fällen wird im Abschnitt 4 zu handeln sein.

Zwei Punkte bedürfen hier noch der besondern Erörterung; sie betreffen die Möglichkeit der Zeugenvernehmung der Geschäftsführer und die Leistung von Schiedseiden für die Gesellschaft.

Der allgemein anerkannte Grundsatz, daß die Vernehmung eines gesetzlichen Vertreters als Zeugen im Prozesse seines Mündels ausgeschlossen ist, muß für den organschaftlichen Vertreter eines Vereins im selben Maße gelten. Beiden fehlt die objektive Stellung zu den Prozeßparteien, die die unumgänglich notwendige Voraussetzung der Zeugenschaft ist, obwohl das Gesetz sie nicht ausdrücklich aufgestellt hat. Nur wer im Verhältnis zu den Prozeßparteien „Dritter" ist, kann Zeuge sein.[98])

Das gilt auch für einen Geschäftsführer, der in dem betreffenden Prozeß der Gesellschaft gar nicht als organschaftlicher Vertreter auftritt, was dann natürlich vorkommen kann, wenn ein anderer oder mehrere

---

[98]) Alle Kommentare stehen auf diesem Standpunkt, vgl. Staub § 35 Anm. 4; Liebmann § 35 Anm. 3; Neukamp § 35 Anm. 3c; Merzbacher § 35 Anm 2; Förtsch § 35 Anm. 3; Parisius-Crüger S. 165; Birkenbihl § 35 Anm. 7.

andere Geschäftsführer, die ihrerseits zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind, den Prozeß im Namen der Gesellschaft führen. Denn auch der nicht prozeßführende Geschäftsführer bleibt organschaftlicher Vertreter des Vereins. Insbesondere kann auch er im Laufe des Prozesses zum Parteieide herangezogen werden, wie im folgenden noch näher darzulegen ist. Die Fähigkeit zum Parteieide schließt aber die Fähigkeit zur Zeugenschaft schlechthin aus.[99])

Aus dem Begriff der organschaftlichen Vertretung ergibt sich auch, daß die von der G. m. b. H. zu leistenden Schiedseide von den Geschäftsführern in Person zu leisten sind, und zwar von denen, die zur Zeit der Eidesleistung Geschäftsführer sind. Wenn nur ein Geschäftsführer vorhanden ist, so hat dieser, wenn mehrere nur gesamtvertretungsberechtigte vorhanden sind, so haben diese sämtlich den Eid zu leisten, denn ein Eid von nur einzelnen von ihnen wäre keine rechtswirksame Parteihandlung. Falls mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, die entweder einzelvertretungsberechtigt oder zu mehreren gemeinsam vertretungsberechtigt sind, so erhebt sich die Frage, ob nur die Geschäftsführer, die im Prozesse auftreten, schwurpflichtig sind oder alle. Die Antwort läßt sich mangels eines andern Anhalts wieder aus den für die gesetzlichen Vertreter gültigen Vorschriften ableiten. Falls eine physische Person mehrere gesetzliche Vertreter hat, so soll § 472 ZPO. Anwendung finden (§ 474 ZPO.). Da nun im Prozeß der Gesellschaft das Streitverhältnis allen Geschäftsführern gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, so haben auch hier sämtliche Geschäftsführer den Eid zu leisten. Nur dann, wenn der Eid die Wahrnehmungen nur eines oder nur einiger Geschäftsführer betrifft, ist er nur von diesen zu leisten (§ 474 ZPO.).[100])

Die Tatsache, daß mangels besonderer Vorschriften fast alle Vorschriften der Zivilprozeßordnung über den gesetzlichen Vertreter einer Partei auf das Vereinsorgan Anwendung finden müssen, rechtfertigt es, daß das BGB. (§ 26 Abs. 2), wie schon näher ausgeführt, dem Vereinsvorstande die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zuweist, um

---

[99]) Dieser Meinung sind alle Kommentare a. a. O. mit Ausnahme von Förtsch und Birkenbihl; a. M. auch Ring, Aktiengesellschaft S. 530ff.; Petersen, ZPO. S. 732; vgl. bes. auch Seuffert, ZPO. I S. 549.

[100]) Eingehender äußert sich über diese Frage nur Birkenbihl § 35 Anm. 7 im selben Sinne; vgl. auch Seuffert § 474; Gaupp-Stein § 474 I.

ihn (nach den Motiven) als solchen im Sinne der Zivilprozeßordnung zu kennzeichnen. Wir sind berechtigt, ganz allgemein zu sagen: *Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über den „gesetzlichen Vertreter" finden auf den organschaftlichen Vereinsvertreter entsprechende Anwendung*, soweit sich nicht aus der Natur der Sache ein andres ergibt.

Eine solche Ausnahme im letzterwähnten Sinne enthält § 102 ZPO. Danach können u. a. gesetzliche Vertreter durch das Prozeßgericht zur Tragung derjenigen Kosten verurteilt werden, die sie durch grobes Verschulden verursacht haben. Es soll damit die Möglichkeit gegeben werden, den Vertretenen von der Tragung der von ihm nichtverschuldeten Kosten zu befreien. Nun haftet aber, wie im folgenden Paragraph näher darzustellen sein wird, der Verein zivilistisch schlechthin für jedes Verschulden des organschaftlichen Vertreters wie für eigenes Verschulden, — also auch für von jenem verschuldete Prozeßkosten. Diesem Grundsatz würde es zuwiderlaufen, wenn in Anwendung des § 102 ZPO. die G. m. b. H. von der Tragung der durch Verschulden der Geschäftsführer entstandenen Kosten befreit würde. Vielmehr kann das Recht der Staatskasse sowohl wie des Prozeßgegners, sich nach jenem allgemeinen Grundsatz für die von den Geschäftsführern verschuldeten Kosten an die Gesellschaft selbst zu halten, nicht durch Richterspruch beseitigt werden.

Nicht nur in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, sondern auch in *Strafsachen* sind die Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Insbesondere haben sie Strafanträge zu stellen und Privatklagen zu erheben, wenn die Gesellschaft als solche antragsberechtigt ist. Dies kann häufig vorkommen, z. B. wenn sie durch unlauteren Wettbewerb oder durch Kreditgefährdung geschädigt ist.

II. Auch in Sachen der *freiwilligen Gerichtsbarkeit*, z. B. dem Grundbuchamte gegenüber, haben die Geschäftsführer die Gesellschaft in gleicher Weise zu vertreten wie in streitigen Sachen.

Insbesondere liegt ihnen die Vertretung der Gesellschaft dem *Registergericht* gegenüber ob. Sämtliche vom Gesetze vorgeschriebene *Anmeldungen* zum Handelsregister haben durch die Geschäftsführer zu erfolgen (§ 78), und zwar durch so viele Geschäftsführer, als zur Vertretung der Gesellschaft nötig sind. Nur in einigen besonders wichtigen Fällen, die § 78 aufzählt, haben *sämtliche* Geschäftsführer

die Anmeldungen zu bewirken, nämlich bei der ersten Anmeldung der Gesellschaft überhaupt, sowohl beim Gericht der Haupt- wie jeder Zweigniederlassung (§ 7, 12), bei der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals (§ 57, 58) und bei der Entstehung der G. m. b. H. durch Umwandlung aus einer Aktiengesellschaft (§ 80).

Dabei haben die Geschäftsführer die nach dem Gesetz der Anmeldung beizufügenden *Unterlagen* (§§ 8, 39 Abs. 2, 54 Abs. 2, 57 Abs. 3) *einzureichen*. Ferner haben sie bei der ersten Anmeldung der Gesellschaft und bei der Anmeldung einer Erhöhung des Stammkapitals die *persönliche Versicherung* abzugeben, daß die in § 7 Abs. 2 bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen (ein Viertel, mindestens aber 250 Mk.) bewirkt sind und daß sich der Gegenstand der Leistungen in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet (§ 8 Abs. 2, § 57 Abs. 2); bei der Anmeldung einer Herabsetzung des Stammkapitals haben sie dagegen zu versichern, daß die Vorschriften über die Sicherstellung der Gläubiger befolgt sind (§ 58 Ziff. 4).

Eine besondere gesetzliche Pflicht ist ihnen durch § 40 auferlegt. Danach haben sie dem Registergericht alljährlich im Monat Januar eine von ihnen unterschriebene *Liste der Gesellschafter* einzureichen, aus der deren Name, Vorname, Stand und Wohnort sowie ihre Stammeinlagen zu entnehmen sind. Wenn seit Einreichung der letzten Liste keine Veränderungen hinsichtlich der Personen der Gesellschafter und ihrer Geschäftsanteile eingetreten sind, so erübrigt sich die Einreichung einer neuen Liste, und es genügt die Einreichung einer entsprechenden Erklärung. Eine solche Liste gehört übrigens schon zu den bei der ersten Anmeldung der Gesellschaft erforderlichen Unterlagen (§ 8 Ziff. 3). Eine Eintragung ihres Inhalts ins Handelsregister erfolgt nicht. Der Wortlaut des § 40 spricht dafür, daß die Unterzeichnung der Liste durch sämtliche Geschäftsführer zu bewirken ist.[101]) Die Einreichung kann als formloser Akt durch einen Geschäftsführer oder jeden beliebigen Boten erfolgen.[102])

Nur wenn die G. m. b. H. in Liquidation getreten ist, gehen wie die gesamte übrige Vertretungsmacht auch diese Anmeldepflichten auf

---

[101]) So *Birkenbihl* § 41 Anm. 3; *Hergenhahn* § 41; *Förtsch*, *Neukamp* und *Parisius-Crüger* zu § 40; a. M. *Staub* § 40 Anm. 8; *Liebmann* § 40 Anm. 1.

[102]) So alle Kommentare a. a. O.

die Liquidatoren über (§ 78), mit der schon erwähnten Ausnahme in § 67 Abs. 1.

III. Endlich haben die Geschäftsführer eine gerichtliche Vertretungsfunktion dahin auszuüben, daß sie im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder der bilanzmäßig festgestellten Überschuldung der Gesellschaft den Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft beantragen müssen (§ 64). Nach § 63 in Verbindung mit § 208 Abs. 1 KO. ist jeder einzelne Geschäftsführer dazu berechtigt und auch verpflichtet. Bei Nichtbefolgung dieser Pflicht haften die Geschäftsführer nicht nur der Gesellschaft zivilrechtlich (§ 64 Abs. 2, s. unten § 17), sondern machen sich unter Umständen auch strafrechtlich verantwortlich (§ 82, s. unten § 19).

§ 13.

Die Wirkungen der unerlaubten Handlungen der Geschäftsführer für die Gesellschaft.

Wir haben festgestellt, daß jede rechtserhebliche Handlung der Geschäftsführer Handlung der Gesellschaft selbst ist, wenn sie von jenen in ihrer Eigenschaft als organschaftliche Vertreter vorgenommen wird. Daraus ergibt sich, daß auch unerlaubte Handlungen, die die Geschäftsführer als organschaftliche Vertreter der Gesellschaft vornehmen, unerlaubte Handlungen der Gesellschaft sein und diese unmittelbar zum Schadensersatz verpflichten müssen.

Das Gesetz betr. die G. m. b. H. enthält keine Vorschrift über die Rechtswirkung der unerlaubten Handlungen der Geschäftsführer nach außen. Es kommt aber hier § 31 BGB. zur ergänzenden Anwendung:

„Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands, oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt."

Über die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf alle juristischen Personen, insbesondere auf Aktiengesellschaft und G. m. b. H., herrscht

in der Literatur vollstes Einverständnis.[103]) Selbst Dernburg (I § 82), der grundsätzlich die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. § 24 f. auf Aktiengesellschaft und andere rechtsfähige Gesellschaften des Handelsrechts leugnet, macht bezüglich dieser Vorschrift eine Ausnahme.

Voraussetzung der Haftung der Gesellschaft ist also, daß die Geschäftsführer „in Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtungen" gehandelt und dabei eine Handlung begangen haben, die zum Schadenersatz verpflichtet. „In Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtungen" ist gleichbedeutend mit dem oben aufgestellten „in ihrer Eigenschaft als organschaftliche Vertreter".

In dieses Bereich fällt zunächst ein schuldhaftes Handeln bei Ausübung der den Geschäftsführern zustehenden Vertretungsmacht in Rechtsgeschäften (§ 276 BGB.). Wenn ein oder mehrere vertretungsberechtigte Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft vornehmen, so liegt zweifellos in jedem Falle ein organschaftliches Handeln oder, mit den Worten des Gesetzes, ein Handeln „innerhalb der ihnen zustehenden Verrichtungen" vor. Für vorsätzlich oder fahrlässig schuldhaftes Handeln hierbei haftet also die Gesellschaft. Anders liegt der Fall, wenn ein nicht einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer die rechtsgeschäftliche Handlung vornimmt. Dann tritt, ebensowenig wie die rechtsgeschäftliche Wirkung, auch keine Schadensersatzpflicht der Gesellschaft für ein vom Geschäftsführer dabei begangenes Verschulden ein, denn seine Handlung fällt nicht in den Kreis seiner Verrichtungen und ist keine Organhandlung.

Es liegt also auf der Hand, daß ein rechtsgeschäftliches Verschulden der Geschäftsführer für die Gesellschaft in demselben Umfange wirksam ist wie jede rechtsgeschäftliche Verpflichtungshandlung.

Eine Besonderheit bietet hierbei nur der Fall, daß der Geschäftsgegner die dolose Absicht des kontrahierenden Geschäftsführers, die Gesellschaft zu benachteiligen, kannte und also wissentlich unterstützte.

---

[103]) Staub, G. m. b. H. § 36 Anm. 8; Parisius-Crüger S. 175 f.; Birkenbihl § 36 Anm. 3; Förtsch § 36 Anm. 6; Neukamp § 36 Anm. 1; Liebmann § 36 Anm. 2; für die Aktiengesellschaft vgl. Staub, HGB. § 232 Anm. 35; Goldmann § 210 Anm. 18; Cosack § 116 Anm. 23; Makower § 231 IV; Lehmann-Ring § 210 Anm. 3. Von älteren, allgemeinen Darstellungen ist zu verweisen auf Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 528 f. und Genossenschaftstheorie S. 713 f. (vgl. auch die daselbst S. 748 Anm. 4 aufgeführte ältere Literatur).

Die Gesellschaft wird dann seinem Schadensersatzanspruche regelmäßig eine Einrede nach § 812 verbunden mit § 138 oder nach §§ 823, 826 BGB. entgegensetzen können.[104])

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches sprach in dem entsprechenden § 46 nur von Handlungen innerhalb „der Ausübung der Vertretungsmacht" und wollte deshalb offenbar nur für kontraktliches Verschulden des Vorstands die Ersatzpflicht des Vereins eintreten lassen. Die jetzige weitere Fassung des § 31 läßt dagegen die Haftung des Vereins auch bei außerkontraktlichen Handlungen des Vorstands, die zum Schadensersatz verpflichten, eintreten.

Solche Handlungen sind einerseits die sogen. unerlaubten Handlungen im eigentlichen Sinne, andrerseits diejenigen Arten von Handlungen, die kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf Verschulden eine Ersatzpflicht herbeiführen. Unter letzteren sind besonders drei Arten von Fällen zu nennen: die an sich rechtswidrigen Handlungen bei aufgehobener Deliktsfähigkeit (§ 829 BGB.), die Haftung aus dem Eigentum an gefahrdrohenden Sachen (z. B. § 833 BGB.) und die Schadensersatzpflicht bei an sich rechtmäßiger Handlung auf Grund ausgleichender Gerechtigkeit (vgl. BGB. §§ 904, 867 Satz 2 und besonders HGB. § 700 f.).

Der Grundsatz, daß jede von den Geschäftsführern vorgenommene Handlung für und gegen die Gesellschaft wirkt, wenn die Geschäftsführer sie mit dem Willen, für die Gesellschaft zu handeln, vornahmen, muß bezüglich dieser Delikte und deliktsähnlichen Handlungen etwas eingeschränkt werden. Der Wille, für die Gesellschaft zu handeln, vermag wohl jede rechtsgeschäftliche Handlung zu einer in organschaftlicher Vertretung vorgenommenen Handlung zu machen, nicht aber ein Delikt. Denn wenn es allein dem Willen der Geschäftsführer anheimgegeben würde, ob sie ihre deliktische Handlung dadurch zur organschaftlichen stempeln wollen, daß sie den Willen haben, für die Gesellschaft zu handeln, so könnten sie in unlauterer Weise die Schadensersatzpflicht zum Teil von sich abwälzen. Außerdem dürfte meist bei fahrlässigen Handlungen und Omissivdelikten überhaupt kein bestimmter Wille vorhanden sein, weder ein solcher, für die Gesellschaft, noch ein solcher, im eigenen Namen zu handeln.

---

[104]) Förtsch § 36 Anm. 5; vgl auch Entsch. d. RG. IX, 148.

Man wird vielmehr den Grundsatz, daß für rechtsgeschäftliches Handeln das ganze Gebiet der Rechtssphäre der Gesellschaft offen steht und daß innerhalb dieses Gebiets die Geschäftsführer schrankenlos die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte verpflichten können, für Delikte und deliktsähnliche Handlungen dahin einschränken müssen, daß diese nur dann Körperschaftshandlungen sein können, wenn sie in einer rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung zu den ordentlichen Lebensfunktionen der Gesellschaft stehen. Die Gesellschafter können nur dann solche Handlungen in ihrer Eigenschaft als Vereinsorgan vornehmen, wenn dieser Zusammenhang mit der Lebenssphäre des Vereins selbst vorhanden ist.

Der Ausdruck des Gesetzes „in Ausführung der (den Geschäftsführern) zustehenden Verrichtungen" kennzeichnet die Notwendigkeit dieses Zusammenhangs in vorzüglicher Weise und ist besonders deshalb glücklich gewählt, weil er kontraktliches und außerkontraktliches Verschulden gleichmäßig trifft.

Eine die Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtende Handlung liegt in diesem Sinne z. B. vor, wenn ein Geschäftsführer, zu dessen Verrichtungen die Leitung einer von der Gesellschaft betriebenen industriellen Anlage gehört, durch Fahrlässigkeit die Beschädigung eines darin beschäftigten Arbeiters herbeiführt. Dann besteht der erforderliche Zusammenhang mit der Lebenssphäre der Gesellschaft. Steckt dagegen ein Geschäftsführer die Gebäude einer unliebsamen Konkurrenzfirma in Brand, so kann auch sein Wille, für seine Gesellschaft und lediglich in deren Interesse zu handeln, die Handlung nicht zu einer Körperschaftshandlung machen, denn er hat nicht in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt, und es fehlt darum jener Zusammenhang.

Im einzelnen wird die Frage, wieweit ein Handeln in Ausübung zustehender Verrichtungen anzunehmen ist, nach den Umständen des Falls zu beantworten sein; eine allgemeine Regel läßt sich dafür nicht aufstellen.

Jedenfalls handelt es sich um eine sehr weitgehende Haftung der Gesellschaft für das Verschulden der Geschäftsführer. Namentlich ist auf seiten der Gesellschaft keinerlei Möglichkeit vorhanden, sich von der Haftung durch den Nachweis ihrer Schuldlosigkeit zu befreien. Es kommt lediglich darauf an, daß die Geschäftsführer bei einer im Namen der Gesellschaft vorgenommenen rechtsgeschäftlichen

Handlung oder sonst bei Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen den zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand hervorgebracht haben. Wir haben wieder in dieser Haftung einen deutlichen, vielleicht den wichtigsten Beweis der Anerkennung der Organtheorie von seiten des geltenden Rechts. Denn diese Haftung ist nur dann zu erklären, wenn man die betreffende Handlung des Geschäftsführers als Handlung der Gesellschaft selbst auffaßt, so daß also diese durch ihre eigene Handlung unmittelbar deliktisch verpflichtet wird.[105]) Vom Standpunkt der Stellvertretungstheorie aus ist eine befriedigende Begründung dieser Deliktshaftung nicht möglich.

Für die gewöhnliche gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Stellvertretung kennt das Bürgerliche Gesetzbuch keine allgemeine Haftung des Vertretenen für Delikte des Vertreters. Allerdings besteht nach § 278 BGB. eine Haftung des Vertretenen innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses für Verschulden des gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren sich der Vertretene zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Unter dem Verschulden des gesetzlichen Vertreters ist offenbar ebenfalls nur ein Verschulden in der Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit zu verstehen[106]) Die in § 278 bezeichnete Haftung ist aber keine deliktische. Der Schuldner ist zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bereits verpflichtet; er trägt deshalb, wenn er sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit einer Mittelsperson bedient, die Gefahr, falls die Erfüllung durch deren Verschulden nicht geschieht, und muß also in diesem Falle auf Grund des nicht zum Erlöschen gekommenen ursprünglichen Schuldverhältnisses nochmals leisten, nicht aber aus dem Rechtsgrunde des Verschuldens des Vertreters.[107]) Im übrigen besteht nach § 831 BGB. für alle Fälle, in denen jemand einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, eine deliktische Haftung des Geschäftsherrn für den Schaden, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Abgesehen von der Einschränkung, daß nur für eine widerrechtliche Schadenszufügung gehaftet wird, steht hier dem Geschäftsherrn die Einwendung zu, daß er bei der Auswahl der be-

---

[105]) vgl. bes. Planck, BGB. § 31 Anm. 1c; Neumann, BGB. § 31 Anm. 1b.

[106]) Planck, BGB. § 278 Anm. 2a.

[107]) Planck a. a. O. Anm. 3.

stellten Person — und gegebenenfalls bei der ihm obliegenden Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften bezw. bei der ihm obliegenden Leitung der Ausführung jener Verrichtungen — mit der nötigen Sorgfalt gehandelt habe, mit anderen Worten, daß ihn kein Verschulden treffe. Materielle Voraussetzung für seine Schadensersatzpflicht ist also sein eigenes Verschulden, obwohl es kraft der gesetzlichen Präsumption vom Geschädigten nicht bewiesen zu werden braucht. Dies entspricht ganz dem Begriff der bürgerlichen Stellvertretung. Wer sich eines Vertreters zu einer bestimmten Verrichtung bedient und dabei nicht die nötige Sorgfalt anwendet, hat es mitverschuldet, wenn durch die Ausführung jener Verrichtung Schaden entsteht, weil er schuldhaft eine Bedingung des schädigenden Erfolges gesetzt hat.[108])

Die Haftung nach § 31 BGB. geht viel weiter, wie diese Haftung des Vertretenen für den Gehilfen, sowohl in Hinsicht auf kontraktliches Verschulden: es wird nach § 31 für jedes kontraktliche Verschulden, also auch für Verschulden in der Ausübung von Rechten, nicht nur für Verschulden in der Erfüllung gehaftet — wie auch hinsichtlich des außerkontraktlichen, da hier der Beweis der Schuldlosigkeit ausgeschlossen ist.[109]) Daß § 31 eine weitergehende Haftung enthält, wird ja überdies schon durch seine Existenz bewiesen, denn die Anwendung der Vorschriften in §§ 278 und 831 würde auch ohne besondere Bestimmung nach § 26 Abs. 2 geboten sein. Die in der ganzen Zivilgesetzgebung einzig dastehende Vorschrift des § 31 bedeutet eben etwas besonderes, nämlich die Festsetzung einer allgemeinen Haftung des Vereins für Verschulden seines organschaftlichen Vertreters.

Bezeichnend ist auch, daß § 31 seine allgemeine Haftung nur für den Vorstand, seine Mitglieder oder andere verfassungsmäßig berufene Vertreter festsetzt. Damit ist die Anwendbarkeit auf einen nicht auf Grund der Vereinsverfassung, sondern kraft Rechtsgeschäfts bestellten Vertreter, z. B. einem Handlungsbevollmächtigten, ausdrücklich verneint. Ein solcher ist Stellvertreter; für sein Verschulden haftet der Verein nur nach §§ 278 und 831 BGB. Dem Vorstand sind also

---

[108]) Dies entspricht der vom RG. in vielen strafrechtlichen Entscheidungen festgehaltenen Theorie des Kausalzusammenhangs.

[109]) Dernburg II, 1 S. 158.

nur solche Vertreter gleichgestellt, deren Vertretungsmacht wie die des Vorstandes auf der Vereinsverfassung beruht und darum organschaftlicher Natur ist.

Insbesondere wird man auch bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Haftung der übrigen Gesellschafter oder des Gesellschaftsvermögens für das Verschulden eines mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Gesellschafters nur nach Maßgabe der erwähnten §§ 278 und 831 anerkennen können. Eine dem § 31 entsprechende allgemeine Haftung besteht bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht und wäre bei dem reinen Stellvertretungsverhältnisse der geschäftsführenden Gesellschafter nicht denkbar.

Während bei der G. m. b. H. die Geschäftsführer aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäften den Gläubigern nicht persönlich haften — von dem Falle abgesehen, daß das organschaftliche Verhältnis für den Dritten nicht erkennbar war (§ 11 S. 52 oben) — sondern allein die Gesellschaft verpflichten, ist bei unerlaubten Handlungen sehr wohl eine persönliche Haftung denkbar und wird, wenn nicht immer, so doch in den meisten Fällen vorkommen. Voraussetzung dazu ist, daß auch in den persönlichen Beziehungen zwischen Geschäftsführer und Drittem unmittelbar der Tatbestand einer unerlaubten Handlung im eigentlichen Sinne (§ 823 f. BGB.) vorliegt.[110]) Dies wird namentlich bei kontraktlichem Verschulden nicht immer der Fall sein, ist aber hier besonders nötig, weil zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten rechtsgeschäftliche Beziehungen nicht bestehen und deshalb eine persönliche Haftung des Geschäftsführers nicht aus dem Gesichtspunkt eines kontraktlichen, sondern nur aus dem eines daneben hergehenden, deliktischen Verschuldens angenommen werden kann. Soweit aber ein derartiges deliktisches Verschulden in der Person des Geschäftsführers begründet ist, muß er auch persönlich dafür haften; sein Wille, nur im Namen der Gesellschaft, d. h. nur als organschaftlicher Vertreter zu handeln, befreit ihn davon nicht, da er ja den rechtswidrigen Entschluß gefaßt und durch eigene Handlung tatsächlich betätigt hat. Dadurch unterscheiden sich ja gerade rechtsgeschäftliche und deliktische Verpflichtungen,

---

[110]) vgl. Staub § 36 Anm. 11; Staub, HGB. § 232 Anm. 33. Auch die Entsch. des RG. Bd. 30 S. 50 (für den Fall der Prokura) verdient hier Beachtung.

daß erstere nur nach dem Willen, letztere auch gegen den Willen des Handelnden eintreten.

Einen besonderen Fall deliktsähnlicher Haftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern enthält das Gesetz in § 81 Abs. 3. Bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine G. m. b. H. sind die Geschäftsführer den Gläubigern der Aktiengesellschaft für die Beobachtung der in § 81 Abs. 3 Satz 1 und 2 enthaltenen Gläubigerschutzvorschriften persönlich und solidarisch verantwortlich. Es handelt sich hier nicht um eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Geschäftsführer, denn rechtsgeschäftliche Beziehungen bestehen hier nicht zwischen den Geschäftsführern und den Gläubigern, sondern nur zwischen der Gesellschaft und den Gläubigern. Die Haftung ist vielmehr die Folge der Nichtbeachtung zwingender gesetzlicher Vorschriften. Ein Verschulden der Geschäftsführer wird in diesem Falle fast stets vorliegen; mangels einer besonderen Bestimmung tritt aber die Haftung auch ohne den Nachweis einer solchen ein. Man ist deshalb berechtigt, sie als eine deliktsähnliche Haftung kraft gesetzlicher Sondervorschrift zu betrachten.[111])

§ 14.

Das Verhältnis der Geschäftsführer zu den sonstigen Vertretern der G. m. b. H.

Die Geschäftsführer sind die ordentlichen, verfassungsmäßigen Träger der Vertretungsmacht der Gesellschaft nach außen. Im inneren Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern kann, wie schon dargelegt, auch die Gesellschaftergesamtheit Trägerin der organschaftlichen Vertretungsmacht sein. Dasselbe gilt von einem etwa bestehenden Aufsichtsrat. Nach außen steht diesen Organen aber eine Vertretungsmacht nicht zu.

[111]) Bei dem ganz ähnlich liegenden Falle des § 58 hat das Gesetz an die Verletzung der Gläubigerschutzvorschriften keine besondere Rechtsfolge geknüpft. Doch sind wir hier unter allen Umständen berechtigt, eine unmittelbare Haftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern anzunehmen, denn sie haben nach § 823 Abs. 2 BGB. gegen ein den Schutz des anderen bezweckendes Gesetz verstoßen. Hier aber ist im Gegensatz zu § 81 des Gesetzes ausdrücklich Verschulden vorausgesetzt.

Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Gesellschaft noch andere Organe schaffen, z. B. Revisoren; auch diesen würde eine organschaftliche Vertretung der Vereinspersönlichkeit nach innen zukommen. Dies ergibt sich aus dem für alle rechtsfähigen Vereine geltenden § 30 BGB., der die verfassungsmäßige Bestellung von Vertretern für einen beschränkten Wirkungskreis zuläßt. Kann diese Bestimmung nun aber auch in der Hinsicht ergänzend auf die G. m. b. H. angewendet werden, daß diese danach neben den Geschäftsführern andere organschaftliche Vertreter nach außen mit beschränktem Wirkungskreis bestellen darf?

Die Frage dürfte zu verneinen sein. Das Gesetz hat als ordentliches ständiges Organ zur Vertretung nach außen die Geschäftsführer geschaffen und ihr Wesen zwingend dahin bestimmt, daß ihre Vertretungsmacht mit Wirkung nach außen nicht beschränkt werden kann, und es würde deshalb eine Umgehung dieser letzteren gesetzlichen Vorschrift bedeuten, wenn die Gesellschaft neben ihnen verfassungsmäßig organschaftliche Vertreter mit nach außen beschränktem Wirkungskreise bestellen wollte.

Die Geschäftsführer sind und bleiben also nach außen die einzigen Träger der organschaftlichen Vertretungsmacht. Es steht aber nichts im Wege, daß die G. m. b. H. sich kraft rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung andre Vertreter nach außen zulegt, ebensogut wie jede Einzelperson und insbesondere jeder Kaufmann es kann.

Daß die Geschäftsführer einen beliebigen Dritten mit der Vornahme einzelner Geschäfte oder gewisser Arten von Geschäften rechtsgeschäftlich bevollmächtigen und also auch insoweit eine Handlungsvollmacht beschränkten Umfangs erteilen können, ist schon dargelegt worden. Die G. m. b. H. kann aber, da sie Kaufmannseigenschaft besitzt, auch die kaufmännischen Generalbevollmächtigten bestellen, nämlich sowohl Prokuristen wie auch Handlungsbevollmächtigte zum gesamten Geschäftsbetriebe.[112])

Die Stellung eines Prokuristen insbesondere hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der des Geschäftsführers. Dies ist der Grund, wes-

---

[112]) vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 623 f.; Staub, HGB. § 238 Anm. 15.

halb hier noch mit einigen Worten auf sie eingegangen werden muß, um auch nach dieser Seite hin eine scharfe Abgrenzung des Geschäftsführerbegriffs zu gewinnen.

Die Bestellung von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetriebe unterliegt nach § 46 Ziff. 7, wenn nichts anderes im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist,[113] der Bestimmung der Gesellschaftergesamtheit. Die Geschäftsführer bedürfen also zur Bestellung von solchen der Genehmigung der Gesellschaftergesamtheit. Um eine solche handelt es sich aber auch nur, denn die Gesellschafter haben nur das Recht der Bestimmung über die Bestellung, bestellen aber nicht selbst die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten. Die Bestellung kann nämlich nach dem HGB. (§§ 48 f.) nur durch Erklärung gegenüber dem zu bevollmächtigenden Dritten geschehen. Eine solche rechtsgeschäftliche Erklärung Dritten gegenüber kann nur durch die vertretungsberechtigten Organe der Gesellschafter abgegeben werden. Der oder die vertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellen also durch Erklärung namens der Gesellschaft die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten. Wenn sie es ohne die erforderliche Genehmigung der Gesellschaftergesamtheit tun, so ist die Bestellung kraft ihrer nach außen unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis trotzdem gültig.[114] Die jederzeit mögliche Abberufung der Prokuristen (§ 52 HGB.) erfolgt durch die Geschäftsführer allein, ohne daß sie dazu der Genehmigung der Gesellschaftergesamtheit bedürften, und ebenso die vom Handelsgesetzbuch nicht ausdrücklich geregelte Entziehung der Handlungsvollmacht.

Die Bestellung ist also ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Dritten, demnach keine innere Angelegenheit der Gesellschaft. Es gelten also für die Rechtsstellung jener Bevollmächtigten die individualrechtlichen Vorschriften über die Stellvertretung, sowohl die des BGB. (§§ 164 f.) wie die besonderen Vorschriften des HGB. (§§ 48 f.).

---

[113] Danach wird vor allem der Gesellschaftsvertrag die Bestellung den Geschäftsführern ganz überlassen können.

[114] So die Begründung des Gesetzentwurfs S. 3752; Staub § 46 Anm. 35; Liebmann Anm. 11; Neukamp Anm. 8; Merzbacher Anm. 7; Parisius-Crüger Anm. 8; Birkenbihl § 47 Anm. 11; Makower III S. 367; a. M. Förtsch § 37 Anm. 5.

Daraus ergeben sich die charakteristischen Unterschiede zwischen Geschäftsführern und Prokuristen insbesondere ganz von selbst. Der Prokurist der G. m. b. H. ist kein Organ derselben. Hier handelt es sich vielmehr um ein Nebeneinander zweier willens- und handlungsfähiger Subjekte, von denen das eine das andere vertritt; auf der einen Seite steht der Prokurist, auf der andern die durch die Geschäftsführer vertretene Gesellschaft. Tritt nun z. B. der Fall des § 166 Abs. 2 BGB. ein, daß der Prokurist nach bestimmten, ihm durch die Geschäftsführer erteilten Weisungen der Gesellschaft gehandelt hat, so kann sich die Gesellschaft in Ansehung der Umstände, die die Geschäftsführer kannten und durch diese also auch die Gesellschaft kannte, nicht auf die Unkenntnis des Prokuristen berufen.[115]) Vor Gericht kann der Prokurist wohl als Prozeßbevollmächtigter der Gesellschaft auftreten, aber nie einen Parteieid für sie leisten.[116]) Begeht der Prokurist in Ausübung seiner Vertretungsmacht ein Delikt, so kann nach § 831 BGB. die Gesellschaft sich durch den Nachweis, daß sie in der Auswahl der Prokuristen kein Verschulden trifft, von ihrer Deliktshaftung befreien.[117])

Befremdend ist nur, daß der Prokurist nach § 50 HGB., von geringen Unterschieden (Abs. 3) abgesehen, eine ähnliche, gleichfalls nach außen unbeschränkbare Vertretungsmacht besitzt wie der Geschäftsführer. Wir kennzeichneten diese gesetzliche Unbeschränkbarkeit oben als notwendige Konsequenz der organschaftlichen Vertretung. Der Unterschied liegt nun einfach darin, daß die Unbeschränkbarkeit beim Geschäftsführer auf zwingender gesetzlicher Vorschrift beruht, beim Prokuristen aber auf freier Willensentschließung seines Vollmachtgebers. Denn niemand ist gezwungen, eine Prokura zu erteilen; und jeder, der sie erteilt hat, kann, wenn er will, ihren Umfang auch Dritten gegenüber jederzeit beschränken, indem er sie — auf Grund des § 52 HGB. — in eine einfache Handlungsvollmacht umwandelt. Nur der Wille des Vollmachtgebers, daß der Bevollmächtigte in seiner Vertretungsmacht Dritten gegenüber unbeschränkt sein soll, schafft überhaupt die Prokura; diese ist also begrifflich nichts weiter als eine Handlungsvollmacht, bei der

[115]) Staub, HGB., Exkurs zu § 58 Anm. 5.
[116]) a. a. O. § 49 Einl.
[117]) a. a. O. Exkurs zu § 58 Anm. 32.

der Vollmachtgeber auf sein Recht verzichtet hat, die Vertretungsmacht mit Wirkung Dritten gegenüber einzuschränken.[118]) Eine gesetzliche Unbeschränkbarkeit liegt also hier nicht vor; nur hat das Gesetz die Verwendung der kaufmännischen Bezeichnung „Prokura" an die Voraussetzung geknüpft, daß jener rechtsgeschäftliche freiwillige Verzicht auf Beschränkungen nach außen erfolgt sei.

Aus der gesetzlichen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht der Geschäftsführer ergibt sich, daß der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführer in ihren Entschließungen nicht von der Zustimmung von Prokuristen abhängig machen darf. Ordentliches Vertretungsorgan bleiben die Geschäftsführer, sei es einzeln, oder zu mehreren, oder alle gemeinschaftlich, je nachdem es der Gesellschaftsvertrag bestimmt. Ein solches von Geschäftsführern gebildetes Vertretungsorgan muß da sein, d. h. es muß die Möglichkeit gegeben sein, daß die Geschäftsführer einzeln oder zu mehreren handeln; sonst hätte die Vereinspersönlichkeit keine organschaftliche Vertretung. Dagegen kann der Gesellschaftsvertrag alternativ neben der Gesamtvertretung durch mehrere Geschäftsführer auch eine Gesamtvertretung z. B. durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen zulassen.[119]) Die Bestimmung im Gesellschaftsvertrage würde dann beispielsweise lauten: Die Gesellschaft wird durch je zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen gemeinsam vertreten. Ebenso könnte auch angeordnet werden, daß Geschäftsführer A. einzelvertretungsberechtigt, Geschäftsführer B. dagegen nur gemeinsam mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt sein solle. Nur wenn sämtliche Geschäftsführer einzelvertretungsberechtigt sind, wäre eine alternative Gesamtvertretung durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen sinnlos.

Für die Aktiengesellschaft ist die Schaffung einer solchen gemischten Vertretung durch § 232 Abs. 2 HGB. ausdrücklich zugelassen. Die Fassung dieser Bestimmung läßt keinen Zweifel darüber zu, daß jene gemischte Vertretung nur alternativ neben der ordentlichen Ver-

---

[118]) Staub, HGB. § 48 Anm. 2.

[119]) So Staub § 35 Anm. 22; Förtsch § 35 Anm. 6; Birkenbihl § 35 Anm. 16; abweichend Liebmann § 35 Anm. 10.

tretung durch mehrere Vorstandsmitglieder zulässig ist.[120]) Für die G. m. b. H. besteht eine solche ausdrückliche Vorschrift nicht. § 35 Abs. 2 stellt aber an erster Stelle den Grundsatz auf, daß der Gesellschaftsvertrag über die Art der Vertretung entscheidet. Der Gesellschaftsvertrag ist darin also vollkommen frei mit der Einschränkung, daß eben überhaupt eine organschaftliche Vertretung im Sinne des Gesetzes geschaffen werden muß. Es steht darum nichts im Wege, daß der Gesellschaftsvertrag auch jene bei der Aktiengesellschaft gesetzlich zugelassene besondere Vertretungsart annimmt und neben der ordentlichen organschaftlichen Vertretung zuläßt.

Dann besteht also neben einer vertretungsberechtigten Geschäftsführermehrheit eine Vertretungsmacht, die gemeinsam auf den Schultern eines Geschäftsführers und eines Prokuristen ruht. Ist nun diese durch die beiden Personen ausgeübte Vertretungsmacht ihren Wirkungen nach eine organschaftliche Vertretung oder eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung? Die Frage kann äußerst wichtig werden; wenn z. B. jene Zweiheit in Ausübung der ihr zustehenden Verrichtungen eine unerlaubte Handlung verübt, haftet dann die Gesellschaft nach § 31 oder nur nach § 831 BGB.?

Wir entscheiden uns dahin, daß in diesem Falle die Grundsätze über organschaftliche Vertretung gelten.[121]) Denn diese Gesamtvertretung von Geschäftsführer und Prokuristen ist nur als Ersatz für die ordentliche Gesamtvertretung durch mehrere Geschäftsführer da; der Wille des Bestellers wird dann aber auch auf eine Ersatzwirkung gehen, dergestalt, daß die Handlungen jener Zweiheit ebensogut für Organhandlungen gelten wie die der Geschäftsführermehrheit selbst. Letztere bleibt natürlich ordentliches Organ und muß da in Tätigkeit treten, wo das Gesetz eine Tätigkeit der Geschäftsführer fordert, z. B. bei der Anmeldung zum Handelsregister oder der Eidesleistung für die Gesellschaft. Diese Funktionen können durch jene Zweiheit von Geschäftsführer und Prokuristen nicht wahrgenommen werden.

---

[120]) vgl. Ring, Aktiengesellschaft S. 541; Makower § 232 IIIa; Goldmann § 232 Anm. 12; Lehmann-Ring § 232 Anm. 6; Staub hat seine ursprüngliche abweichende Ansicht im HGB. § 232 Anm. 17 im Kommentar zur G. m. b. H § 35 Anm. 22 widerrufen.

[121]) So Staub § 35 Anm. 24; vgl. auch Staub HGB. § 125 Anm. 13.

§ 15.

B. Die Verwaltungsfunktion.

Wir erwähnten schon, daß die Verwaltungsfunktion, obwohl sie begrifflich nicht Bestandteil der Organstellung (im engeren Sinne) ist, sich von der Vertretungsfunktion nicht scharf absondern läßt. Die große Fülle der täglichen Geschäfte im Gebiete der Verwaltung, die Annahme und Anlegung von Geld, die Erledigung der Ein- und Abgänge usw. sind Akte, die teils der einen, teils der andern Funktion angehören. Insbesondere sind auch Vertretungshandlungen gegenüber den einzelnen Gesellschaftern als solchen, z. B. die Einziehung von Beiträgen, zugleich als der innern Sphäre angehörig, als Verwaltungshandlungen anzusehen.

Die Verwaltungsfunktion steht, wie schon oben ausgeführt, den Geschäftsführern soweit zu, als sie nicht durch den Gesellschaftsvertrag andern Personen zugewiesen ist oder, mangels einer solchen Abgrenzung, nach dem Gesetze der Gesellschaftergesamtheit zukommt. Es kann also durch den Gesellschaftsvertrag ein großer Teil der Verwaltungstätigkeit den Geschäftsführern entzogen und andern Beamten übertragen werden, z. B. die ganze Kassenführung.

Bezüglich der Regelung der den Geschäftsführern überlassenen Verwaltungstätigkeit ist dem Selbstbestimmungsrecht der Gesellschaft der weiteste Spielraum gelassen. Insbesondere hat der Gesellschaftsvertrag auch den Anteil der einzelnen Geschäftsführer daran zu regeln. Er kann anordnen, daß in Fragen der Verwaltung nur alle Geschäftsführer gemeinsam handeln können, d. h., daß nur bei Willensübereinstimmung aller gehandelt werden darf; er kann anordnen, daß die Mehrheit entscheidet, oder daß jeder Geschäftsführer für sich zu handeln befugt ist. Wenn der Gesellschaftsvertrag hierüber keine Bestimmungen enthält, so liegt es nahe, mangels einer besondern Bestimmung § 28 BGB. zur ergänzenden Anwendung zu bringen,[122]) denn die Bestimmungen in § 35 Abs. 2 unseres Gesetzes beziehen sich ja ausdrücklich nur auf die Vertretungsfunktion. Nach § 28 BGB. entscheidet die Mehrheit der Geschäftsführer, die entweder unter Beobachtung der in §§ 32, 34 BGB. ge-

[122]) So Makower, HGB. § 231 III; Lehmann-Ring § 231 Anm. 7.

gebenen Vorschriften zu mündlicher Beschlußfassung in einer ordnungsmäßig einberufenen Sitzung zusammentreten, oder schriftlich allseitig ihre Zustimmung erklären. Im ersteren Falle entscheidet natürlich die Mehrheit nur der erschienenen Geschäftsführer; beschlußfähig ist die Sitzung ohne Rücksicht auf die Zahl der Erschienenen.

Allerdings stehen dieser Anwenduug des § 28 BGB. *starke Bedenken* entgegegen. Denn beim rechtsfähigen Verein des BGB. regelt § 28 ja *zugleich* die Vertretung der *Vertretungsfunktion* auf die einzelnen Vorstandsmitglieder. Bei der G. m. b. H. ist diese besonders (§ 35 Abs. 2) und andersartig geregelt. Es führt nur bei dem engen Zusammenhang beider Funktionen leicht zu Widersprüchen, wenn für beide verschiedene Grundsätze gelten sollen. Wenn z. B. die Geschäftsführer durch einfache Mehrheit die Veräußerung eines Gesellschaftsgrundstücks beschließen, so kann der Beschluß, falls das gesetzliche Gesamtvertretungsprinzip gilt, nicht ausgeführt werden, wenn die überstimmte Minderheit oder auch nur einer davon seine Mitwirkung verweigert. Ganz besonders aber spricht gegen jene Annahme der Umstand, daß bei der Gesellschafterversammlung der G. m. b. H. das einfache Mehrheitsprinzip des § 32 BGB. überhaupt nicht gilt, sondern eine Abstimmung nach Geschäftsanteilquoten von 100 Mk. (§ 47 Abs. 2). Diese Abstimmungsart kann aber wieder unter den Geschäftsführern nicht angewandt werden, weil diese ja nicht Gesellschafter zu sein brauchen. Deshalb scheint es richtiger und vorteilhafter, die *Bestimmungen des § 35 Abs. 2 auch auf die Verwaltung auszudehnen* und anzunehmen, daß *sich die Verwaltungsbefugnis einfach nach der Vertretungsbefugnis richtet.*[123]) Es gilt dann bei dem gesetzlichen Grundsatz der Gesamtvertretung für die Verwaltungshandlungen die Regel, daß die Zustimmung aller Geschäftsführer erforderlich ist, und, soweit der Gesellschaftsvertrag Einzelvertretung oder eine andre Vertretungsart festsetzt, das Entsprechende.

Soweit jedoch eine im öffentlichen Interesse geschaffene *Verpflichtung* der Geschäftsführer zu bestimmten Verwaltungshandlungen besteht (§ 41 Abs. 1 und 2), müssen *sämtliche* Geschäftsführer für die Erfüllung dieser Pflicht besorgt sein, auch wenn nach dem Gesellschafts-

---

[123]) So *Staub* § 35 Anm. 7; Denkschrift zum HGB. S. 156.

vertrag die betreffende Tätigkeit nur einzelnen Geschäftsführern zugewiesen sein sollte.[124])

Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht kann auf die Verwaltungsbefugnis schon deshalb nicht angewandt werden, weil das Gesetz ihn nur für jene aufstellt. Vielmehr sind die Geschäftsführer hier an die ihnen von der Gesellschaftergesamtheit erteilten Weisungen gebunden, unter Umständen auch an die des Aufsichtsrats. Mit ihrer Organstellung verträgt sich diese Beschränkbarkeit, weil die Verwaltungstätigkeit ja begrifflich kein Bestandteil jener organschaftlichen Vertreterstellung ist.

Im einzelnen hat das Gesetz nur wenige positive Bestimmungen über Verwaltungshandlungen getroffen, auf die hier noch einzugehen ist.

In erster Linie haben die Geschäftsführer für die ordnungsmäßige Buchführung der Gesellschaft zu sorgen (§ 41 Abs. 1). Sie brauchen nicht persönlich die Bücher zu führen, aber die Sorge und Verantwortlichkeit dafür, daß Bücher geführt und zwar ordnungsmäßig geführt werden, liegt ihnen ob; sie werden dieser Sorge also durch die Übertragung der Buchführung auf andre Angestellte der Gesellschaft nicht ledig. Ordnungsmäßig ist die Buchführung, wenn sie den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über kaufmännische Buchführung entspricht. Die Bücher müssen also derart geführt werden, daß daraus die Handelsgeschäfte und die Vermögenslage der Gesellschaft ersichtlich sind (§ 38 HGB.); sie müssen auch so geführt werden, daß sie die Aufmachung der vorgeschriebenen jährlichen Gewinn- und Verlustrechnung (§ 41 Abs. 2 d. Ges.) ermöglichen, d. h. es ist doppelte Buchführung notwendig.[125]) Sie müssen im übrigen den Ordnungsvorschriften des § 43 HGB. entsprechen, und dürfen erst nach Ablauf von 10 Jahren, vom Tage der letzten Eintragung an gerechnet, vernichtet werden (§ 44 HGB.). Desgleichen muß für die zur Buchführung gehörige Aufbewahrung der empfangenen Handelsbriefe in Urschrift und der abgesandten in Abschrift bis zum Ablauf von zehn Jahren von seiten der Geschäftsführer Sorge getragen werden (§ 38 Abs. 2, § 44 Abs. 2 HGB.).

---

[124]) vgl. Entsch. d. RG. in Str. Bd. 13 S. 238.

[125]) vgl. Staub § 41 Anm. 8; Staub, HGB. § 38 Anm. 6 und die dort aufgeführte Literatur.

Eine dem „Aktienbuch" entsprechende laufende Liste der Gesellschafter und ihrer Stammeinlagen ist nicht gesetzlich vorgeschrieben. Doch dürfte bei größerer Mitgliederzahl die Führung einer solchen nach den Erfordernissen einer ordentlichen Buchführung unerläßlich sein.

Zur ordnungsmäßigen Buchführung gehört nach § 39 HGB. auch die Aufstellung einer Inventur und Bilanz sowohl bei der Eröffnung des Geschäftsbetriebs wie auch für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs. Diese Vorschrift gilt auch für die G. m. b. H., obwohl das Gesetz von einer Inventur gar nicht und von einer Bilanz nur für den Jahresschluß spricht. Diese Pflicht ist aber ein Bestandteil der allgemeinen Buchführungspflicht und liegt deshalb nach § 41 Abs. 2 d. Ges. ebenfalls den Geschäftsführern ob.[126])

Die Eröffnungsinventur und -Bilanz ist für den Zeitpunkt aufzustellen, in dem die G. m. b. H. ihren Geschäftsbetrieb als solche beginnt. Dieser Zeitpunkt ist nach § 11 frühestens der der Eintragung,[127]) denn vorher besteht die Gesellschaft als solche nicht, es kann jedoch auch ein späterer Zeitpunkt maßgebend sein, wenn der tatsächliche Geschäftsbetrieb erst später beginnt. Eine bestimmte Frist für die Aufstellung ist nicht vorgeschrieben; es ergibt sich aber aus der Natur der Sache, daß sie unverzüglich erfolgen muß.

Für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs, dessen Lauf sich nach der Bestimmung des Gesellschaftsvertrags richtet und in Ermangelung einer solchen mit dem Kalenderjahr zusammenfällt, ist gleichfalls Inventur und Bilanz durch die Geschäftsführer aufzustellen. Die Aufstellung der Bilanz muß nach § 41 Abs. 2, 3 innerhalb der ersten drei Monate des nächsten Geschäftsjahrs erfolgen; durch den Gesellschaftsvertrag kann diese Frist auf sechs, und ausnahmsweise bei Gesellschaften, deren Unternehmen den Betrieb von Geschäften in überseeischen Gebieten zum Gegenstande hat, auf neun Monate verlängert werden. In der gleichen Frist ist auch die Inventur aufzustellen, da diese in der Regel die Voraussetzung einer ordnungsmäßigen Bilanz ist.[128]) Die Geschäftsführer sind bei der

---

[126]) vgl. Staub § 41 Anm. 12—14; Birkenbihl § 42 Abs. 3; Liebmann § 41 Anm. 5; Neukamp § 41 Abs. 3; Parisius-Crüger § 41 Anm. 1.

[127]) Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 29 S. 222.

[128]) Birkenbihl § 42 Anm. 6; Parisius-Crüger S. 191.

Aufstellung der Bilanz verpflichtet, die für deren sachlichen Inhalt geltenden Vorschriften des § 40 HGB. und des § 42 unsres Gesetzes einzuhalten. Neben der Bilanz ist auch eine Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen, in der Regel also eine vergleichende Übersicht des Vermögensstandes zur Zeit der Bilanz mit dem zur Zeit der letzten Bilanz.

Die in § 39 Abs. 3 zugelassene Ausnahme von der Pflicht jährlicher Inventarisierung dürfte unter gleichen Voraussetzungen auch auf die G. m. b. H. anzuwenden sein. In den Zwischenjahren ist dann der Bilanz die letzte Inventur oder eine sonstige geeignete Nachweisung zugrunde zu legen.[129])

Eine Pflicht zur öffentlichen Bekanntmachung der Bilanz, wie sie für die Aktiengesellschaft allgemein vorgeschrieben ist (§ 265 HGB.), besteht bei der G. m. b. H. nur dann, wenn der Gegenstand ihres Unternehmens im Betriebe von Bankgeschäften besteht (§ 41 Abs. 4). Die Frist hierfür ist die gleiche wie für die Aufstellung. Die Veröffentlichung erfolgt in den im Gesellschaftsvertrage für die Bekanntmachungen der Gesellschaft überhaupt festgesetzten Blättern und in Ermangelung einer solchen Bestimmung in den Amtsblättern des Registergerichts. Sie ist ebenfalls eine Obliegenheit der Geschäftsführer. Dem Registergericht ist dann ferner die erfolgte Veröffentlichung durch Einreichung der betreffenden Nummern nachzuweisen.

Aus § 46 Ziff. 1 ergibt sich auch die Pflicht der Geschäftsführer, die Bilanz der Gesellschaftergesamtheit in geeigneter Form vorzulegen,[130]) d. h. entweder in einer Versammlung oder durch schriftliche Mitteilung an alle Gesellschafter. Der Gesellschaftergesamtheit liegt dann die Feststellung, d. h. die Genehmigung oder Berichtigung der Bilanz ob. Eine Frist für die Vorlegung ist, anders wie bei der Aktiengesellschaft (HGB. § 260 Abs. 2) nicht vorgeschrieben. Die Geschäftsführer haben sie also in einem Zeitraum zu bewirken, in dem man sie nach dem regelmäßigen Geschäftsgang und nach dem Grundsatze ordentlicher Geschäftsführung verlangen kann. Selbstverständlich kann der Gesellschaftsvertrag hierüber Bestimmungen treffen.

---

[129]) Staub § 41 Anm. 16; Staub, HGB. § 39 Anm. 5.

[130]) Nur die Jahresbilanz ist vorzulegen, nicht auch die Eröffnungsbilanz. Staub § 41 Anm. 12; Entsch. des RG. in Strafs. Bd. 29 S. 223.

Die gesamten in § 41 den Geschäftsführern zugewiesenen Befugnisse müssen als unentziehbar betrachtet werden, da sie eine ausgesprochene gesetzliche Verpflichtung der Geschäftsführer enthalten, an deren Erfüllung nicht nur die Gesellschaft, sondern auch die mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tretende Außenwelt das größte Interesse hat. —

Gesetzlich ist den Geschäftsführern weiterhin eine bestimmte Verwaltungshandlung zugewiesen: Die Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 49). Sie hat zu erfolgen, wenn es Gesetz oder Gesellschaftsvertrag bestimmen, also insbesondere zur Beschlußfassung über die in § 46 bezeichneten Gegenstände. Sie ist sonst immer dann zu berufen, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint, und ganz besonders dann, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz ergibt, daß die Hälfte des Stammkapitals verloren ist (§ 49 Abs. 2, 3). Die Geschäftsführer haben ferner die Versammlung auf das Erfordern einer im § 50 bezeichneten Anzahl von Gesellschaftern zu berufen, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens dem zehnten Teile des Stammkapitals entsprechen.

Ob die Geschäftsführer im einzelnen Falle die Herbeiführung der schriftlichen Beschlußfassung nach § 48 Abs. 2 versuchen wollen, steht in ihrem Ermessen. Ihrer Mitwirkung bei dieser Art der Beschlußfassung bedarf es unter Umständen nicht, denn sie kann auch von sämtlichen Gesellschaftern spontan erfolgen, was namentlich bei geringer Mitgliederzahl leicht vorkommen wird.

Die Berufung der Versammlung kann durch den Gesellschaftsvertrag auch andern Personen, namentlich dem Aufsichtsrate, übertragen werden. Der Aufsichtsrat hat die Befugnis dazu kraft Gesetzes, sobald das Interesse der Gesellschaft die Berufung erfordert (§ 52 d. Ges. in Verb. mit § 246 Abs. 2 HGB). Außerdem haben Gesellschafter, deren Anteile zusammen mindestens dem zehnten Teile des Stammkapitals entsprechen und die deshalb jederzeit die Berufung der Versammlung verlangen können, ein Notberufungsrecht, falls ihrem Verlangen nicht entsprochen wird oder Personen, die ihm entsprechen könnten, nicht vorhanden sind (§ 50 Abs. 3). Machen sie unter diesen gesetzlichen Voraussetzungen davon Gebrauch, so ist die Ver-

sammlung eine ordnungsmäßig einberufene im Sinne des § 51 Abs. 3, wenn sonst die Formen gewahrt sind.

Es dürfte aber nicht zulässig sein, daß den Geschäftsführern durch den Gesellschaftsvertrag etwa die Befugnis zur Berufung ganz entzogen wird.[132]) Denn sie sind der Gesellschaft für die ordnungsmäßige Geschäftsführung verantwortlich und müssen daher in der Lage sein, in wichtigen oder zweifelhaften Fällen die Entscheidung der Gesellschafter herbeizuführen. Auch § 49 Abs. 3 spricht für diese Annahme, da ja unter allen Umständen die Geschäftsführer es sind, die die Bilanz aufstellen und zur Kenntnis der Gesellschafter bringen.

Eine besondere Verwaltungshandlung liegt endlich den Geschäftsführern in den besonderen Fällen der Herabsetzung des Stammkapitals der G. m. b. H. oder der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine G. m. b. H. ob, insofern sie die zum Schutze der Gläubiger gegebenen Vorschriften in § 58 Ziff. 1 und 2 und § 81 Abs. 3 zu befolgen haben. Sie haben nämlich durch dreimalige Bekanntmachung in den oben S. 79 bezeichneten Blättern die Gläubiger der G. m. b. H. bezw. der bisherigen Aktiengesellschaft aufzufordern, sich bei der Gesellschaft zu melden. Soweit sich Gläubiger melden und der Herabsetzung oder Umwandlung nicht zustimmen, haben die Geschäftsführer sie zu befriedigen oder sicherzustellen.[133])

---

[132]) So Neukamp § 49 Anm. 1; Liebmann desgl.; Parisius-Crüger desgl.: Birkenbihl § 50 Anm. 1. A. M. Staub § 49 Anm. 3 und Förtsch § 49 Anm. 1.

[133]) Über die zivilrechtlichen Folgen der Verletzung dieser Pflichten vgl. oben S. 69, unten Anm. 158 auf S. 100.

IV. Das innere Verhältnis zwischen Geschäftsführern und Gesellschaft.

§ 16.

Im allgemeinen.

Durch die Bestellung einer natürlichen Person zum Geschäftsführer entstehen, wie wir am Schlusse des 2. Abschnitts bereits ausgeführt haben, kraft Gesetzes auch Rechtsbeziehungen *zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Geschäftsführer*. Sie sind von der äußeren Seite der Rechtsstellung der Geschäftsführer, den eben behandelten Funktionen, scharf zu scheiden. *Nach außen* kommt das *innere Rechtsverhältnis nicht zum Ausdruck*, denn der Außenwelt tritt stets nur die von den Geschäftsführern repräsentierte Vereinsperson gegenüber.

Die *kraft Gesetzes* zur Entstehung gelangenden Rechtsbeziehungen können durch den *Gesellschaftsvertrag erweitert werden*. Letzterer kann alle Einzelheiten des inneren Anstellungsverhältnisses von vornherein festsetzen, z. B. daß die Geschäftsführer in bestimmter Höhe besoldet sein sollen. Es treten dann auch diese Rechtsbeziehungen ohne weiteres durch den Bestellungsakt zwischen der Gesellschaft und dem bestellten Geschäftsführer in Kraft.

Ebenso können durch *besondere Abmachung bei Gelegenheit der Bestellung* die bereits entstandenen Rechtsbeziehungen ausgebaut und weitere begründet werden.

Den Gegenstand des ganzen Anstellungsverhältnisses bilden die *gesamten gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer*. Auch Ansprüche an sich individualrechtlicher Natur, wie z. B. der Anspruch auf Ver-

gütung, sind, weil auf dem gesellschaftsrechtlichen Anstellungsverhältnisse beruhend, den gesellschaftsrechtlichen Beziehungen beizuzählen.

Das Anstellungsverhältnis wird durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, den Bestellungsakt,[134]) *begründet*, wie oben (§ 7) ausgeführt worden ist. Dieses Rechtsgeschäft ist, weil es gesellschaftsrechtliche Beziehungen zum Gegenstande hat, kein Vertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts, sondern eine Art *gesellschaftsrechtlicher Vertrag*. Der Ansicht, daß der gesellschaftsrechtliche Bestellungsakt nur die nach außen gerichtete Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis begründe, und daß die inneren Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern erst durch besondern, individualrechtlichen Vertrag zustande kämen,[135]) kann nicht beigetreten werden. Denn auch ohne alle weiteren Abmachungen zwischen den Beteiligten erzeugt die Übertragung und Übernahme der nach außen gerichteten Vertretungsmacht *ganz von selbst innere Rechtsbeziehungen* zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern, so insbesondere die der Gesellschaft gegenüber bestehende Verpflichtung zu sorgfältiger Geschäftsführung (§ 43) und den Anspruch des Geschäftsführers auf Entlastung nach pflichtmäßiger Amtsführung (s. unten § 18). Ebenso werden ohne alle weiteren Abmachungen diejenigen Rechtsbeziehungen erzeugt, die durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzt sind. Diese Rechtsbeziehungen, sowie weitere, etwa durch besondere Abmachungen erzeugte, hängen untereinander so innig zusammen, daß letztere nicht losgelöst und als besondrer Vertrag zusammengefaßt werden können. Ebenso dürfte es verfehlt sein, die individualrechtlichen Bestandteile des Anstellungsverhältnisses auszusondern und von einem individualrechtlichen Verhältnisse zu reden, das *neben* dem gesellschaftlichen Verhältnisse zwischen Geschäftsführern und Gesellschaft bestehen solle. Es führt nur zu Unklarheiten, wenn man ein einheitliches Rechtsverhältnis in zwei Teile zerspaltet, von denen der eine nach Gesellschaftsrecht, der andere nach Individualrecht beurteilt werden soll.[136])

---

[134]) Der Bestellungsakt in diesem Sinne umfaßt natürlich die *Annahme* der Bestellung mit, soweit eine solche erforderlich ist.

[135]) vgl. *Neukamp* § 38 Anm. 1a; *Staub* § 35 Anm. 45 f.; *Puchelt-Förtsch* S. 585 und *Ring* S. 562 ähnlich für die Aktiengesellschaft.

[136]) vgl. *Staub*, G. m. b. H. S. 218 Note 1 und HGB. § 231 Anm. 16; ähnlich *Ring* S. 535.

Wir fassen das gesamte Anstellungsverhältnis als einheitliches Rechtsverhältnis eigenartiger, gesellschaftsrechtlicher Natur auf. Als solches hat es allerdings Ähnlichkeit mit gewissen bürgerlich-rechtlichen Verträgen, insbesondere mit dem Auftrag oder dem Dienstvertrag. Es ist aber weder ein Auftrag noch ein Dienstvertrag, sondern ein besonderes Verhältnis, auf das nur die Vorschriften über den einen oder andern jener Verträge analoge Anwendung finden können.

Den Beweis dafür erbringt das BGB. in § 27 Abs. 3 mit einer Bestimmtheit, die geeignet erscheinen sollte, den alten Streit,[137]) ob Auftrag oder Dienstvertrag vorliege, endgültig zu beenden. Wir können jene Bestimmung über den Vorstand des rechtsfähigen Vereins unbedenklich (in Verfolg des oben § 1 a. E. ausgesprochenen Grundsatzes) auf die Geschäftsführer anwenden, da unser Sondergesetz keinerlei entgegenstehende Vorschriften enthält. Sie lautet: „Auf die Geschäftsführung des Vorstands finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670 entsprechende Anwendung." Die Worte „auf die Geschäftsführung" können nicht buchstäblich genommen werden, denn da die Vorschriften über den Auftrag nur die Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und Beauftragten regeln, kann der Sinn jener Vorschrift nur sein, daß sie auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorstande und dem Verein anzuwenden sind. Das Gesetz bezeichnet nun nicht alle Vorschriften über den Auftrag als anwendbar, sondern nur eine Anzahl, und spricht zudem ausdrücklich von „entsprechender", d. h. „analoger"[138]) Anwendung. Damit ist unverkennbar zum Ausdruck gebracht, daß das Anstellungsverhältnis des Vorstands bezw. der Geschäftsführer kein Auftrag ist.[139])

---

[137]) vgl. Birkenbihl § 35 Anm. 2; Parisius-Crüger S. 168.

[138]) Das vom Gesetzbuch vermiedene Fremdwort wäre entschieden noch prägnanter gewesen als seine gleichbedeutende, aber unscheinbarere Verdeutschung „entsprechend".

[139]) Es ergibt sich hier wieder die Unrichtigkeit der Auffassung, die alle existierenden obligationenrechtlichen Verhältnisse unter eine der im BGB. §§ 433 f. aufgestellten Kategorien zu bringen für nötig hält. Die Überschrift „Einzelne Schuldverhältnisse" beweist doch zur Genüge, daß nicht alle Schuldverhältnisse unter diesem Abschnitt erschöpfend geregelt werden sollten. Im freien Rechtsverkehr der Neuzeit bilden sich unendliche neue Formen von Verträgen, für deren Beurteilung

Nach der herrschenden Ansicht[140]) würden, sobald eine Vergütung für den Geschäftsführer vereinbart ist, nicht die Vorschriften über den Auftrag, sondern statt dessen diejenigen über den Dienstvertrag anzuwenden sein, weil das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Auftrag nur ein unentgeltliches Verhältnis begreift und ihn gerade durch das Merkmal der Unentgeltlichkeit vom Dienstvertrage scharf unterscheidet. Dieser Ansicht steht aber § 27 Abs. 3 BGB. entgegen. Denn dieser schließt höchst auffallenderweise die grundlegende Vorschrift des § 662 von der Anwendung aus, wonach der Beauftragte durch die Annahme des Auftrags verpflichtet wird, ein ihm übertragenes Geschäft für den Auftraggeber unentgeltlich zu besorgen. Dadurch, daß das Gesetz die Anwendung einer Reihe von Auftragsvorschriften ohne die die Begriffsbestimmung des Auftrags enthaltende Vorschrift des § 662 geboten hat, hat es ausgesprochen, daß die Anwendung der §§ 664—670 ohne Rücksicht darauf stattfinden soll, ob etwa eine Vergütung für den Vorstand vereinbart ist. Sonst hätte das Gesetz bestimmen müssen: „Es finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 662 f. oder, falls eine Vergütung vereinbart worden ist, die für den Dienstvertrag geltenden Vorschriften der §§ 611 f. und 675 entsprechende Anwendung."

Nun gilt § 27 Abs. 3 nach § 40 BGB. nur, sobald die Vereinssatzung nichts andres bestimmt. Die Vereinsverfassung kann also die Anwendung jener Auftragsvorschriften ausschließen, wenn sie ihrerseits andere Bestimmungen trifft, die mit jenen Vorschriften nicht verträglich sind. In der Festsetzung einer Vergütung allein kann aber nach dem oben Ausgeführten der Ausschluß jener Bestimmungen noch nicht gefunden werden. Allerdings nähert die Festsetzung einer Vergütung ohne Frage das Rechtsverhältnis einem Dienstvertrage, und zwar einem solchen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.). Deshalb rechtfertigt sich in diesem Falle eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag neben jenen in § 26 Abs. 3 bezeichneten Vorschriften, falls sich nicht

man wohl aus den Einzelvorschriften des BGB. Analogien gewinnen, die man aber nicht in eine jener 23 Schablonen pressen kann.

[140]) vgl. Staub § 35 Anm. 46, 47; Merzbacher § 35 Anm. 1; Förtsch § 35 Anm. 4; Goldmann, HGB. § 231 Anm. 10 und Cosack, Handelsrecht S. 572 für die Aktiengesellschaft.

aus der Natur der Sache oder aus entgegenstehenden Bestimmungen des Gesetzes betr. die G. m. b. H. ihre Unanwendbarkeit ergibt. Wir kommen dabei übrigens wiederum auf den Umweg über § 675 zu dem Ergebnis, daß eine Anzahl Auftragsvorschriften analog anzuwenden sind.

Bemerkenswert ist nun insbesondere, daß § 27 Abs. 3 BGB. die Vorschriften der §§ 671—674 über die Endigung des Auftragsverhältnisses nicht auf das Anstellungsverhältnis des Vereinsvorstandes angewendet wissen will. Bei §§ 672, 673 und 674 ergibt sich ihre Nichtanwendbarkeit aus der Natur der Sache ziemlich von selbst;[141]) wichtig ist aber vor allem, daß § 671, der von der Endigung des Auftragsverhältnisses durch Willkür der Kontrahenten handelt, nicht zur Anwendung kommen soll.

Vielmehr gelten in dieser Beziehung die schon oben (§ 6) ausgeführten Grundsätze über die Beendigung des Geschäftsführeramts, also einerseits freie Widerruflichkeit der Bestellung, die auch durch den Gesellschaftsvertrag nur auf den Fall beschränkt werden kann, daß ein wichtiger Grund vorliegt (§ 38 Abs. 1 des Gesetzes, § 27 Abs. 2 BGB., letzterer zwingendes Recht nach § 40 BGB.), andrerseits der Grundsatz, daß der Geschäftsführer kein Recht zum Niederlegen seines Amtes hat, wenn er es einmal auf Zeit oder dauernd übernommen hat. Das innere Rechtsverhältnis endigt mit der Endigung des Amts, d. h. der Vertretungs- und Verwaltungsbefugnis, ohne weiteres.

Daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Vorschriften über die Kündigung des Auftrags nicht zur Anwendung auf den Vereinsvorstand zuläßt, folgern wir, daß auch dann, wenn eine Vergütung vereinbart ist und demnach an sich die Anwendung der Vorschriften über den

---

[141]) § 672, der vom Tode des Auftraggebers und dem Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit handelt, ist selbstverständlich für den Verein gegenstandslos. § 673 dürfte nicht anwendbar sein, weil beim Vorstandsmitglied das Amt nicht nur im Zweifel, sondern unbedingt durch seinen Tod endigt, und wegen seiner größtenteils personenrechtlichen Natur eine Fortsetzung durch die Erben überhaupt nicht denkbar ist. § 674, der die Fortdauer der Wirkung des erloschenen Auftrags nach außen behandelt, ist neben den Vorschriften des § 15 HGB. und § 68 BGB. über den öffentlichen Glauben des Handels- bezw. Vereinsregisters beim Verein belanglos.

Dienstvertrag angezeigt erscheint, die Vorschriften über die Kündigung des Dienstvertrags (§§ 620 Abs. 2 bis 628 BGB.) nicht zur Anwendung gelangen, sondern daß auch hier die oben erwähnte Regel gilt: einerseits fristloses und freies, nur teilweise beschränkbares, andrerseits kein Kündigungsrecht.[142])

Natürlich kann durch ausdrückliche Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer oder auch durch allgemeine Festsetzung im Gesellschaftsvertrage ein beiderseitiges Kündigungsrecht festgesetzt werden. Namentlich kann die Gesellschaft sich verpflichten, von ihrem Abberufungsrecht nur nach fristmäßiger Kündigung Gebrauch zu machen, soweit nicht ein wichtiger Grund zur sofortigen fristlosen Abberufung vorliegt. Dieses letzteren Rechts kann sich die Gesellschaft auch durch besondere Abmachung nicht entäußern.

Über die Wirkung, die der Widerruf des Geschäftsführeramts auf den vertragsmäßigen Anspruch auf Vergütung hat, wird unten in § 18 noch besonders zu handeln sein.

Schon früher ist ausgeführt worden, daß im inneren Verhältnisse zwischen Geschäftsführern und Gesellschaft die letztere, die jenen als selbständiges Subjekt entgegentritt, durch die Gesellschafter-gesamtheit organschaftlich vertreten wird. Nur soweit ein Aufsichtsrat besteht, ist dieser gemäß § 52 in Verbindung mit § 247 HGB. zur Vertretung der Gesellschaft den Geschäftsführern gegenüber befugt. Das Gesetz schränkt seine Vertretungsmacht nur insofern ein, als die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus der Gründung oder Geschäftsführung in jedem Falle, auch soweit es sich um außergericht-

---

[142]) Die entgegengesetzte Annahme würde zu fortwährenden Widersprüchen zwischen §§ 620 f. BGB. und § 38 des Gesetzes betr. die G. m. b. H. führen, die sich eben nur mit einer Zerreißung des Anstellungsverhältnisses in zwei nebeneinander herlaufende Verhältnisse umgehen ließen. Dann könnte man annehmen, daß der Widerruf nur den gesellschaftsrechtlichen Vertrag löste und den obligationenrechtlichen Vertrag bei Bestand ließe, bis dieser nach § 621 durch Ablauf der Kündigungsfrist sein Ende findet (vgl. Staub S. 218 Note 1). Solange wäre dann natürlich auch der Geschäftsführer nach §§ 611 oder 662 BGB. zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet, die ihm eben durch den Widerruf entzogen worden sind. Die Tatsache, daß ein Vergütungsanspruch noch nach der Beendigung des Amts durch Widerruf fortlaufen kann, vermag die Annahme jenes Doppelverhältnisses nicht zu rechtfertigen, denn dieser Anspruch ist kein bestehen bleibender Dienstvertrag, sondern nur noch die Nachwirkung eines solchen.

liche Geltendmachung handelt, der Bestimmung der Gesellschaftergesamtheit unterliegt (§ 46 Ziff. 8), und ebenso Prozesse jeder Art gegen die Geschäftsführer nur auf Grund eines Beschlusses der Gesellschafter anhängig gemacht und durchgeführt werden dürfen (§ 247 Abs. 1 HGB.). In letzterer Hinsicht gilt dann eine Ausnahme, wenn die eigene Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder in Frage kommt; dann können sie ohne und sogar gegen einen Beschluß der Gesellschafter gegen die Geschäftsführer klagen (§ 247 Abs. 2 HGB.).

Besteht kein Aufsichtsrat, so hat über die Ausübung der Rechte der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer allein die Gesellschaftergesamtheit durch Beschlußfassung zu entscheiden. Sie ist es auch, die den Geschäftsführern in den Angelegenheiten, die ihr durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag zugewiesen sind, bindende Weisungen erteilt.

Soweit die Geschäftsführer zugleich Gesellschafter sind, würden sie als solche auch an der Beschlußfassung der Gesellschaftergesamtheit in solchen Angelegenheiten, die das innere Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern betreffen, teilnehmen können. § 47 Abs. 4 schreibt jedoch vor, daß sie in gewissen Fällen hierbei kein Stimmrecht haben, nämlich, wenn es sich um ihre Entlastung oder Befreiung von einer Verbindlichkeit, um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits ihnen selbst gegenüber handelt. Sind bloß einzelne Geschäftsführer in dieser Weise beteiligt, so können die andern trotzdem mitstimmen. Von den vier Fällen bedarf nur der Fall der „Vornahme eines Rechtsgeschäfts" mit dem Geschäftsführer einer besonderen Erörterung. Es können hier nur solche Rechtsgeschäfte gemeint sein, die der Geschäftsführer als Dritter mit der Gesellschaft eingehen will.[143]) Bei rechtsgeschäftlichen Handlungen innerhalb der gesellschaftlichen Sphäre muß er, wie jeder andere Gesellschafter, mitstimmen können. So z. B. wenn es sich um eine bestimmte Anweisung oder Beschränkung seiner Vertretungsmacht im Sinne des § 37 Abs. 2 handelt (auch diese Handlungen sind Rechtsgeschäfte). Die gegenteilige Annahme würde zu den sonderbarsten Folgerungen führen: wenn z. B. drei Gesellschafter vorhanden und zwei

---

[143]) So Staub § 47 Anm. 19; Merzbacher Anm. 5c; Parisius-Crüger Anm. 4; Birkenbihl § 48 Anm. 5.

davon Geschäftsführer sind, könnte der eine Nichtgeschäftsführer den andern beiden selbständig Weisungen erteilen und sie in ihrer Vertretungsmacht beschränken, soviel er wollte.

In allen andern Fällen als den in § 47 Abs. 4 genannten müssen die Geschäftsführer, soweit sie Gesellschafter sind, trotz ihrer Beteiligung mitstimmen können, selbst dann, wenn ihre Abberufung oder Wiederwahl oder Ernennung zum Aufsichtsratsmitglied den Gegenstand der Beschlußfassung bildet.[144]) Auch hier würde die gegenteilige Annahme unhaltbar sein; in dem oben erwähnten Beispielsfall würde dann der eine Nichtgeschäftsführer die andern einfach abberufen können.

Falls nach § 6 Abs. 3 sämtliche Gesellschafter Geschäftsführer sind, ergibt sich für das innere Verhältnis allerdings ein ganz eigentümliches Bild. Das Geschäftsführerkollegium und die Gesellschaftergesamtheit, die ersteren als Repräsentantin der Gesellschaft entgegentreten soll, sind identisch. Die Mitglieder können als das eine oder das andere zusammentreten. Je nach dem Gegenstande richtet es sich, ob eine Sitzung der Geschäftsführer oder eine Versammlung der Gesellschafter vorliegt, und welche Abstimmungsregel gelten soll. Es können daher ganz eigentümliche Verhältnisse vorkommen, z. B. kann ein Geschäftsführer, der im Geschäftsführerkollegium mit seinem Willen nicht durchdrang, weil dort Einstimmigkeitsprinzip (§ 35) galt, unter Umständen seinen Willen in der Gesellschafterversammlung vermittelst der Abstimmung nach Anteilen (§ 47) durchsetzen.

Es ist klar, daß die Gesetzesvorschriften auf diesen besonderen Fall des § 6 Abs. 3 gar nicht zugeschnitten sind, — es bleibt aber trotzdem kein Ausweg, als sie anzuwenden. Der Gang der Geschäftsführung wird sich in diesem Falle, der scheinbar eine sehr vereinfachte Organisation darstellt, unter Umständen am allerverwickeltsten gestalten, falls nicht der Gesellschaftsvertrag durch eine sehr gründliche und eingehende Regelung die nötige Vereinfachung herbeiführt, was namentlich dadurch erreicht werden kann, daß die „Gesellschaftergesamtheit" mit ihren Befugnissen so gut wie ausgeschaltet wird. Dadurch wird die Organisation der Gesellschaft individualistischer und nähert sich der der offenen Handelsgesellschaft.

[144]) So Staub § 47 Anm. 20; a. M. Merzbacher Anm. 5a; Parisius-Crüger Anm. 4; Birkenbihl § 48 Anm. 5; z. T. auch Liebmann § 47 Anm. 7; bejahend neuerdings Entsch. des RG. Bd. 60 S. 172.

Über den Fall, daß es zwischen der Gesellschaft und den Geschäftsführern zu einem Rechtsstreite kommt, gelten noch einige besondere Vorschriften. Dem Gericht gegenüber ist die Gesellschaftergesamtheit nicht als vertretungsberechtigtes Organ anzusehen. Besteht ein Aufsichtsrat, so ist er zur Vertretung der Gesellschaft sowohl in Aktiv- wie in Passivprozessen gegen die Geschäftsführer befugt.

Andernfalls gilt für Aktivprozesse, daß die Gesellschaft gemäß § 46 Ziff. 8 über ihre Vertretung selbst zu beschließen hat. Sie kann, wenn neben dem zu verklagenden noch andere Geschäftsführer vorhanden sind, einen oder mehrere von diesen mit der Führung der Prozesse betrauen. Sonst kann sie auch besondere Vertreter für den Prozeß bestellen. Die Rechtsstellung solcher Vertreter ist eine ganz eigentümliche. Da sie die Gesellschaft als solche unmittelbar nach außen vertreten, muß man sie als eine Art Sondergeschäftsführer für einen bestimmten Zweck, also als organschaftliche Vertreter betrachten. Sie würden also auch Parteieide für die Gesellschaft zu leisten haben. Ihre Bestellung ist keine rechtsgeschäftliche Vollmacht, weil in rechtsgeschäftlichen Erklärungen die Gesellschaft nur durch Geschäftsführer vertreten werden kann; sie geschieht vielmehr ganz in der Weise wie die der Geschäftsführer.

Will andrerseits ein Geschäftsführer die Gesellschaft verklagen, so kann er, falls kein Aufsichtsrat vorhanden ist, die Klage einem andern Geschäftsführer zustellen (§ 171 Abs. 2, 3). Ist kein solcher vorhanden, so bleibt ihm nur die Möglichkeit, durch gerichtliche Verfügung in entsprechender Anwendung des § 57 ZPO. einen Prozeßvertreter bestellen zu lassen und an diesen zuzustellen. Die Gesellschaft bestimmt dann ihrerseits nach § 46 Ziff. 8, wer sie im Prozeß vertreten soll.

Der nach § 57 ZPO. bestellte Vertreter muß ebenfalls als organschaftlicher Vertreter angesehen werden. Falls die Gesellschaft keinen andern Vertreter in der erwähnten Weise bestellt, bleibt er für den ganzen Verlauf des Prozesses ihr Vertreter und würde auch die Parteieide für sie zu leisten haben.

§ 17.

Die gesetzlichen Pflichten der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft. Insbesondere ihre Haftung.

Die Geschäftsführer haben der Gesellschaft gegenüber die Pflicht, das ihnen übertragene und von ihnen übernommene Amt auszuführen, und zwar unter Beobachtung der Pflichten, die ihnen hierbei das Gesetz, der Gesellschaftsvertrag oder die Beschlüsse der Gesellschafter auferlegen.

Ihre gesetzlichen Pflichten ergeben sich teils aus dem Gesetz betr. die G. m. b. H. — sie sind namentlich der Gesellschaft gegenüber zur Ausführung der ihnen gesetzlich obliegenden Verwaltungsakte wie z. B. der Buchführung verpflichtet — teils aus den zur Ergänzung herbeizuziehenden Vorschriften über den Auftrag. So haben sie nach § 667 BGB. alles, was sie zur Ausführung ihrer Geschäfte erhalten und aus der Geschäftsbesorgung erlangen, in das Gesellschaftsvermögen abzuliefern und nach § 666 jederzeit der Gesellschaft über den Stand der Geschäfte Auskunft zu erteilen. Ebenso gilt § 664, wonach der Geschäftsführer im Zweifel die Ausführung der ihm übertragenen Verpflichtungen nicht einem Dritten übertragen darf, aber mit den bereits festgestellten Einschränkungen. Denn aus § 46 Ziff. 5 ergibt sich ja, daß die Geschäftsführer für einzelne Geschäfte oder einzelne Arten von Geschäften Bevollmächtigte selbst bestellen können; insoweit ist ihnen die Übertragung also kraft Gesetzes gestattet. Übrigens liegt darin eigentlich noch keine Übertragung im Sinne des § 664, denn der Gesellschaft gegenüber bleibt der Geschäftsführer im ganzen Umfang seines Amts der Ausführende und bedient sich des Dritten für einzelne Verrichtungen mehr als eines Gehilfen, was dem Beauftragten ja auch nach § 664 gestattet ist.

Die Geschäftsführer sind auch, unbeschadet ihrer nach außen unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis, zur Einhaltung der Vorschriften verpflichtet, welche der Gesellschaftsvertrag oder die Beschlüsse der Gesellschafter im Bereich ihrer Zuständigkeit ergeben, selbst wenn diese Vorschriften Beschränkungen ihrer Vertretungsmacht enthalten. § 37 Abs. 1 schreibt ausdrücklich vor, daß solche Beschlüsse mit Wirkung nach innen zulässig sind. Doch kann der Gesellschaftsvertrag Beschränkungen durch Beschlüsse der

Gesellschafter ausschließen, so daß solche Beschlüsse, wenn sie der Bestimmung des Gesellschaftsvertrags zuwider zustande kämen, auch im inneren Verhältnis unwirksam wären.

Grundsätzlich haben die Geschäftsführer jeden Beschluß der Gesellschaftergesamtheit auszuführen, den diese innerhalb ihrer gesetzlichen oder verfassungsmäßigen Zuständigkeit und unter Beobachtung der Bestimmungen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrags gefaßt hat. Doch gilt dabei § 665 BGB., wonach die Geschäftsführer berechtigt sind, von den Beschlüssen abzuweichen, wenn sie den Umständen nach annehmen dürfen, daß die Gesellschaftergesamtheit bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Sie haben jedoch von der Abweichung den Gesellschaftern vorher Mitteilung zu machen und ihre Entschließung abzuwarten, wenn dies ohne Gefahr geschehen kann.

Beschlüsse, die die Gesellschafter in Angelegenheiten fassen, die ihrer gesetzlichen oder verfassungsmäßigen Zuständigkeit gar nicht unterliegen (§ 45, 46), sind für die Geschäftsführer nicht bindend.[145])

Wenn die Gesellschafter Beschlüsse gefaßt haben, die an sich in das Gebiet ihrer Zuständigkeit fallen, aber dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag zuwiderlaufen und demnach ungültig sind, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Geschäftsführer den Beschluß nicht ausführen dürfen. Sie würden sonst ihren Pflichten als ordentliche Geschäftsleute zuwiderhandeln,[146]) es sei denn, daß sie die Ungesetzlichkeit nicht kannten und nicht erkennen mußten. Eine Ausnahme kann bei Ordnungswidrigkeiten geringfügigerer Art gemacht werden, also bei Beschlüssen, die gegen eine dispositive Gesetzesbestimmung oder gegen eine weniger wichtige Bestimmung des Gesellschaftsvertrags verstoßen und bei denen man annehmen kann, daß in dem Beschlusse gleichzeitig ein stillschweigender Verzicht auf die Befolgung jener Vorschrift liegt, vorausgesetzt, daß ein solcher Verzicht den Umständen nach zulässig erscheint und insbesondere keine Rechte einzelner Gesellschafter oder Dritter verletzt. Dann kann man annehmen, daß die Geschäftsführer ohne Pflichtverletzung den Beschluß auch ausführen dürfen.

---

[145]) Neukamp S. 122.

[146]) Birkenbihl S. 231; Staub § 45 Anm. 26.

Nach der herrschenden Ansicht[147]) hat jeder Geschäftsführer das Recht, ungültige Beschlüsse der Gesellschaftergesamtheit im Wege der Klage anzufechten. Die Klage ist eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. und lediglich an die dort bestimmten Voraussetzungen gebunden. Ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Ungültigkeit oder Gültigkeit hat jeder einzelne Geschäftsführer unbedingt, weil es sich danach richtet, ob er den Beschluß auszuführen hat oder nicht. Die in § 271 HGB. für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft aufgestellten Voraussetzungen gelten für die G. m. b. H. nicht;[148]) jene Vorschrift, namentlich die Festsetzung einer kurzen Frist, gehört zu den strengen Vorschriften, die bei der Aktiengesellschaft mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse an der Unumstößlichkeit der Generalversammlungsbeschlüsse geboten sind.

Für alle Obliegenheiten der Geschäftsführer gilt der Grundsatz des § 43 Abs. 1: Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Über den Begriff und Umfang dieser Sorgfalt gelten die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts. Im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist hervorzuheben, daß dort jeder Gesellschafter und also auch die geschäftsführenden Gesellschafter in allen ihren gesellschaftlichen Obliegenheiten nur diejenige Sorgfalt anzuwenden haben, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.

Daß das Gesetz die Sorgfaltspflicht im § 43 Abs. 1 besonders normiert, obwohl sie inhaltlich nicht von der regelmäßigen Sorgfaltspflicht des bürgerlichen Rechts abweicht, kann als Beweis dafür angesehen werden, daß das innere Verhältnis des Geschäftsführers zur Gesellschaft kein individualrechtlicher Vertrag, sondern ein besonderes sozialrechtliches Verhältnis ist; wäre es das erstere, so würde § 276 Abs. 1 BGB. vollständig ausreichen.

Aus dieser besondern gesetzlichen Festlegung folgern wir auch, daß

---

[147]) Neukamp § 45 Anm. 1e; Birkenbihl § 46 Anm. 3; Parisius-Crüger S. 208; Liebmann § 45 Anm. 5; Staub § 45 Anm. 12 gibt das Klagerecht nur Gesellschaftern, nicht Geschäftsführern. Unbestimmt Förtsch § 47 Anm. 2; vgl. auch die bei Staub a. a. O. angeführte Literatur.

[148]) So übereinstimmend alle Kommentare a. a. O.

eine Beschränkung dieser Haftung durch Vereinbarung, etwa auf den Fall der groben Fahrlässigkeit oder des Vorsatzes allein, wie sie nach § 276 BGB. für bürgerliche Schuldverhältnisse zugelassen ist, bei diesem gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse nicht zulässig ist.[149]) Das öffentliche Interesse am Gedeihen der Gesellschaft würde auch der gegenteiligen Annahme jedenfalls entgegenstehen.[150]).

Ein besonders gesetzliches Verbot von Sondergeschäften wie es § 236 HGB. für den Vorstand der Aktiengesellschaft enthält, ist für die Geschäftsführer nicht ausgesprochen. Daraus folgt aber noch nicht, daß ihnen der Betrieb von solchen ohne weiteres gestattet wäre. Vielmehr kann unter Umständen darin ein grober Verstoß gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht liegen.[151]) Dies wird man namentlich dann annehmen können, wenn die Geschäftsführertätigkeit ihrem Umfange nach ihre ganze Arbeitskraft in Anspruch nimmt und wenn die Besoldung ihrer Höhe nach ein normales Berufseinkommen darstellt. Natürlich kann der Gesellschaftsvertrag ein allgemeines Verbot von Sondergeschäften aufstellen.

Den Pflichten der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft entspricht eine Haftung der Geschäftsführer für die Verletzung der Pflichten gegenüber der Gesellschaft. § 43 Abs. 2 besagt: Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden. Unter „Obliegenheiten" sind die gesamten gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft aus ihrem Anstellungsverhältnisse zu verstehen. Selbstverständlich haften die Geschäftsführer der Gesellschaft auch bei Begehung eines Delikts, das die Gesellschaft geschädigt hat, denn ein solches enthält selbstverständlich einen Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.

---

[149]) So Begründung des Gesetzentwurfs S. 3750; Liebmann § 43 Anm. 3; Birkenbihl § 44 Anm. 1; Parisius-Crüger § 43 Anm. 2; Förtsch § 43 Anm. 2; Staub § 43 Anm. 2.

[150]) Vom Standpunkt der Theorie aus, daß das innere Verhältnis ein Auftrag oder Dienstvertrag ist, müßte man natürlich diese Beschränkung der Haftung zulassen.

[151]) Neukamp § 43 Anm. 5; Förtsch § 43 Anm. 3; Parisius-Crüger S. 168.

Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs der Gesellschaft ist einerseits ein entstandener Schaden, der unmittelbar oder mittelbar die Rechtssphäre der Gesellschaft selbst trifft, andrerseits eine objektive Verletzung der dem Geschäftsführer obliegenden Pflichten, und endlich drittens ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden. Diese Voraussetzungen muß die Gesellschaft in einem Prozesse gegen die Geschäftsführer beweisen. Der Geschäftsführer kann sich jedoch von der Haftung befreien, wenn er nachweist, daß ihn kein Verschulden trifft, sondern daß er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehandelt hat.[152])

Es haften nach § 43 Abs. 2 diejenigen Geschäftsführer, die ihre Obliegenheiten verletzt haben. Hat dies nur einer getan, so haftet er natürlich allein; haben es mehrere getan, so haften sie als Gesamtschuldner. Voraussetzung ist jedoch im letzteren Falle ein einheitlicher Schadensfall, der auf einem in gegenseitiger Wechselbeziehung stehenden Verschulden der mehreren Geschäftsführer beruht. Hat dagegen ein Geschäftsführer durch eine Pflichtverletzung einen Schaden verursacht und ein andrer ihn durch eine davon unabhängige Pflichtverletzung vielleicht nur unerheblich vergrößert, so kann keine gesamtschuldnerische Haftung angenommen werden.

Besteht die Pflichtverletzung nicht in einem Handeln, sondern in einem Unterlassen, so haften, wenn es sich um eine Sonderpflicht eines oder mehrerer Geschäftsführer handelt, nur diese, wenn dagegen eine allgemeine Pflicht der Geschäftsführer verletzt worden ist, sämtliche Geschäftsführer. Doch wird auch in diesem Falle der einzelne sich durch den Nachweis, daß er alles getan habe, was in seinen Kräften stand, von der Haftung befreien können.

Wenn sich die Geschäftsführer dem Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber darauf berufen, daß sie nur in der Ausführung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben, so sind zwei Fälle zu unterscheiden. War der Beschluß gültig, d. h. entsprach er den materiellen und formellen Erfordernissen des Gesetzes und des

---

[152]) So Staub § 43 Anm. 4; Merzbacher Anm. 3; Förtsch Anm. 2; Parisius-Crüger Anm. 2; Liebmann Anm. 2; Birkenbihl § 41 Anm. 3.

Gesellschaftsvertrags, so entfällt ihre Haftung. Denn jener gültige Beschluß war den Geschäftsführern gegenüber eine bindende Willensäußerung der Gesellschaft selbst, und die Gesellschaft würde deshalb gegen Treu und Glauben handeln, wenn sie die Geschäftsführer für die Befolgung ihres eigenen Willens verantwortlich machen wollte. Die Geschäftsführer würden dem Schadensersatzanspruch mit einer exceptio doli, oder modern ausgedrückt mit einer Einrede aus § 812 oder § 823 BGB. begegnen können. Das Gleiche gilt dann, wenn der Beschluß zwar ungültig war, aber die ausführenden Geschäftsführer die Ungültigkeit nicht kannten oder kennen mußten.

Anders liegt der Fall, wenn die Geschäftsführer die Ungültigkeit kannten oder kennen mußten. Dann durften sie ihn nicht ausführen und haben, wenn sie es doch taten, sich einer Pflichtverletzung nach § 43 Abs. 2 schuldig gemacht. Ihrer exceptio doli gegen den Schadensersatzanspruch begegnet die Gesellschaft dann mit einer replicatio doli im oben erwähnten Sinne; der Schadensersatzanspruch bleibt also bestehen.

§ 43 Abs. 3 (und § 64 Abs. 2) spricht für die Richtigkeit dieser Annahme, indem er für Fälle, in denen ein Beschluß gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstößt und darum ungültig ist, eine Berufung auf den Beschluß der Gesellschafter für unwirksam erklärt.[153])

Soweit die Geschäftsführer für einzelne Geschäfte oder Arten von Geschäften oder — auf Ermächtigung der Gesellschaftergesamtheit hin — zum gesamten Geschäftsbetriebe Bevollmächtigte (oder Prokuristen) bestellt haben, haften sie, wenn ein solcher Bevollmächtigter in Erfüllung des ihm erteilten Auftrags eine die Gesellschaft schädigende Pflichtverletzung begeht, der Gesellschaft dafür nach § 27 Abs. 3, § 664 Abs. 1 BGB. nur, wenn ihnen selbst ein Verschulden bei der Übertragung zur Last fällt und nachgewiesen wird. Das Gleiche wird anzunehmen sein, wenn zwar die Gesellschaftergesamtheit nach § 46 Ziff. 5 die Bestellung der Bevollmächtigten selbst

---

[153]) Nicht zu billigen ist Förtschs (§ 43 Anm. 7) Folgerung, in allen anderen Fällen als in den im § 43 Abs. 3 bezeichneten falle die Haftung weg, wenn in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt werde. Richtig Parisius-Crüger Anm. 3 und Staub Anm. 5; abweichend Birkenbihl § 44 Anm. 4.

beschlossen hat, aber auf Vorschlag und Empfehlung der Geschäftsführer hin. Bedient sich ein Geschäftsführer eines *Gehilfen* zur Erfüllung von Verbindlichkeiten, so haftet er für dessen Verschulden nach § 278 BGB. auch der Gesellschaft (§ 664 Abs. 1 Satz 2). Für außerkontraktliches Verschulden sowohl von Bevollmächtigten wie von Gehilfen haften die Geschäftsführer *der Gesellschaft* nicht.[154])

Die *Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen* der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer unterliegt, wie schon erwähnt, nach § 46 Ziff. 8 der Bestimmung der Gesellschafter. Daß ausnahmsweise der Aufsichtsrat auch ohne solchen Beschluß der Gesellschafter gemäß § 247 Abs. 3 HGB. gegen die Geschäftsführer vorgehen kann, ist ebenfalls schon oben (S. 88) erwähnt worden.

Auf die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs oder auf die Weiterverfolgung eines bereits geltend gemachten Anspruchs kann die Gesellschaft in der Regel *rechtswirksam verzichten*; sie kann sich auch über ihren Anspruch durch gerichtlichen oder außergerichtlichen *Vergleich* mit dem Ersatzpflichtigen auseinandersetzen. Wie die Geltendmachung des Anspruchs, so unterliegt auch die Entscheidung darüber, ob von dessen Verfolgung durch Verzicht oder Vergleich abgesehen werden soll, der Bestimmung der Gesellschafter. Nimmt jedoch der nach § 46 Ziff. 8 bestellte Vertreter ohne solche Ermächtigung einen Verzicht oder Vergleichsabschluß vor, so ergibt sich aus seiner organschaftlichen Stellung, in der er die Gesellschaft dem Geschäftsführer als Dritten gegenüber vertritt, daß der Verzicht oder Vergleich *rechtswirksam* ist. Der Prozeßvertreter haftet dann aber seinerseits der Gesellschaft in analoger Anwendung der §§ 37 Abs. 1, 41 Abs. 2.

Das Gesetz hebt noch *zwei Fälle schuldhafter Pflichtverletzung besonders* hervor und setzt außerdem *zwei Fälle besonderer Haftung* fest.

1. In § 43 Abs. 3 wird der *beiden Fälle* gedacht, daß die Geschäftsführer eine *Zahlung* aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter geleistet haben, was ihnen nach § 30 unter allen Umständen untersagt ist, oder daß sie der Vorschrift des § 33 zuwider im Namen der Gesellschaft *eigene Geschäftsanteile* derselben erworben haben, was ihnen

---

[154]) Sondern nur dem geschädigten Dritten nach § 831 BGB.

nur dann gestattet ist, wenn der Geschäftsanteil voll eingezahlt ist und der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen der Gesellschaft geschehen kann. Diese Fälle führt das Gesetz, wie sich aus dem Zusammenhang von Abs. 2 und 3 des § 43 ergibt, als Sonderfälle von Verletzung der den Geschäftsführern obliegenden Pflichten auf. Deshalb kann der Ansicht, daß es in diesem Falle auf ein Verschulden der Geschäftsführer nicht ankomme,[155]) nicht beigetreten werden. Die Voraussetzungen der Haftung sind vielmehr in diesem Falle dieselben wie im allgemeinen Falle des § 43 Abs. 2. Nur bezüglich der Wirkungen sind vom Gesetz zwei besondere Vorschriften aufgestellt:

a) Vergleiche und Verzichte der Gesellschaft auf diese Schadensersatzansprüche sind unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. Wenn also die Gesellschaft aus ihren sonstigen Mitteln zur Befriedigung der Gläubiger imstande ist, bleibt der Vergleich wirksam. Nur wenn die Zahlung aus dem Vermögen der Gesellschaft entweder tatsächlich unmöglich ist oder eine Überschuldung und damit die Notwendigkeit des Konkurses herbeiführen würde, ist jener Vergleich unwirksam. Eine Ausnahme gilt bei einem Vergleich, den der ersatzpflichtige Geschäftsführer im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit mit seinen Gläubigern, zu denen die schadensersatzbeanspruchende Gesellschaft gehört, zur Abwendung oder Aufhebung des Konkursverfahrens abschließt. Ein solcher Vergleich, bei dem der Fall einer Schädigung der Gesellschaft so gut wie ausgeschlossen ist, wirkt auch den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber. Endlich ist ein im Konkurse des ersatzpflichtigen Geschäftsführers zustande gekommener rechtskräftiger Zwangsvergleich nach § 193 KO. auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern schlechthin wirksam.[156])

---

[155]) So Liebmann § 43 Anm. 7; Neukamp Anm. 6; Förtsch Anm. 5; Parisius-Crüger Anm. 4; a. M. Staub Anm. 17 u. Birkenbihl § 44. Bei dem entsprechenden § 241 Abs. 3 HGB. vertritt Goldmann Anm. 11 den Standpunkt, daß es auf ein Verschulden nicht ankommt; a. M. sind Makower, Lehmann-Ring, Ring, Aktiengesetz S. 650; Staub, HGB. § 241 Anm. 8.

[156]) Da ein Zwangsvergleich schon nach § 193 KO. wirkt, so kann § 9 Abs. 2

b) Die Geschäftsführer können sich, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger notwendig ist, in diesen Fällen *nicht darauf berufen*, daß sie *in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschaftergesamtheit* gehandelt haben. Die Vorschrift ist ziemlich überflüssig, denn ein solcher Beschluß wird immer ungesetzlich und deshalb ungültig sein, und die Geschäftsführer haben durch die Befolgung eine Pflichtverletzung begangen, für die sie nach § 43 Abs. 2 haften. Der Nachweis, daß sie die Ungültigkeit des Beschlusses nicht gekannt hätten und nicht hätten kennen müssen, und daß sie deshalb kein Verschulden träfe, wird ihnen auch hier offenstehen, obwohl dies praktisch kaum vorkommen dürfte.

Der Ansicht,[157] daß in diesen Fällen nicht eigentlich „Schadensersatz" zu leisten sei, sondern schlechthin *Ersatz* des durch die hervorgehobenen rechtswidrigen Handlungen aus den Gesellschaftsvermögen *Herausgegangenen*, ohne jeden Bezug auf einen entstandenen Schaden, kann deshalb *nicht* beigetreten werden, weil sich auch hier aus der Anknüpfung mit „Insbesondere" ergibt, daß die Worte „sind zum Ersatze verpflichtet" eine gleichbedeutende Umschreibung des vorhergegangenen „haften für den entstandenen Schaden" sind. Die gegenteilige Annahme würde überdies leicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Gesellschaft auf Kosten der Geschäftsführer führen, da ja der entstandene Schaden geringer sein kann als die geleistete Zahlung.

2. *Zwei Fälle besonderer Haftung* der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft normiert das Gesetz in § 9, 57 und § 64.

a) Nach § 9 haften bei der *ersten Anmeldung der Gesellschaft* zum Handelsregister die Anmeldenden, das sind nach § 78

---

mit dem „Vergleich zur Beseitigung des Konkursverfahrens" nur einen freiwilligen Vergleich im Sinne haben.

[157]) So *Ring*, Aktiengesellschaft S. 650; *Makower* S. 519; *Lehmann-Ring* § 241 Anm. 5; *Parisius-Crüger* § 43 Anm. 4; a. M. *Staub* § 43 Anm. 19; *Liebmann* Anm. 7; *Staub*, HGB. § 24, Anm. 9. Gegen die Meinung *Lehmann-Rings* u. Gen. spricht vor allem, daß in § 241 HGB. ihre Auslegung auf Ziffer 4 gar nicht paßt, insofern dort gar nicht von Ersatz einer aus dem Gesellschaftsvermögen herausgegangenen Zahlung, sondern nur von Schadenersatz die Rede sein kann. Umgekehrt wird für Ziffer 6 allerdings ihre Meinung durch § 64 des Gesetzes betr. die G. m. b. H. stark unterstützt.

sämtliche Geschäftsführer, für die Richtigkeit ihrer Angaben hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen. Nach § 7 Abs. 2 darf nämlich die Anmeldung der Gesellschaft nur erfolgen, nachdem von jeder Stammeinlage, soweit nicht andere als in Geld zu leistende Einlagen auf das Stammkapital gemacht sind, ein Vierteil, mindestens aber 250 Mk. eingezahlt sind. In der Anmeldung haben die sämtlichen Geschäftsführer die Versicherung abzugeben, daß diese Leistungen bewirkt sind und deren Gegenstand sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet (§ 8 Abs. 2). Ganz das Gleiche gilt von der Anmeldung einer Erhöhung des Stammkapitals nach § 57; auch hier haben sämtliche Geschäftsführer nach § 78 anzumelden und die § 8 Abs. 2 bezeichnete Versicherung abzugeben.

Auch in diesen Fällen haften die Geschäftsführer nur der Gesellschaft, nicht den Gesellschaftern oder Dritten. Sie haften aber für jede objektive Unrichtigkeit ihrer diesbezüglichen Angaben. Sie haben unter allen Umständen die Pflicht, sich von der Erfüllung jener Voraussetzung der Anmeldung persönlich zu überzeugen; ein Einwand, daß sie die Unrichtigkeit ihrer Angaben nicht gekannt hätten, und daß sie kein Verschulden hieran träfe, steht ihnen nicht zu. Da unter allen Umständen sämtliche Personen, die zur Zeit der Anmeldung Geschäftsführer waren, diese Pflicht haben, so haften sie auch in jedem Falle als Gesamtschuldner.

Nach § 9 Abs. 2 gilt hier im selben Umfange, wie oben zu 1a ausgeführt, der Grundsatz, daß Vergleiche und Verzichte der Gesellschaft hinsichtlich der Ersatzansprüche unwirksam sind, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.[158])

b) Eine besondere Haftung besteht ferner bei Nichterfüllung der nach § 64 sämtlichen Geschäftsführern obliegenden Pflicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz sich eine

---

[158]) An die unrichtige Abgabe der in § 58 Ziff. 4 gedachten Versicherung knüpft das Gesetz keine ausdrücklichen zivilistischen Rechtsfolgen. Die Haftung der Gesellschaft gegenüber richtet sich demnach nach § 43 Abs. 2. Namentlich wird aber hier eine unmittelbare Haftung den Gläubigern gegenüber aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung anzunehmen sein; vgl. oben S. 69

Überschuldung des Gesellschaftsvermögens ergibt. Die Verpflichtung hierzu hat jeder Geschäftsführer, denn es ist auch jeder einzelne nach § 63 in Verbindung mit § 208 Abs. 1 KO. zu dem Antrage berechtigt.[159])

Die Pflicht besteht also dann, wenn entweder tatsächliche Zahlungsunfähigkeit vorhanden ist, d. h. wenn die Barmittel fehlen, um die laufenden Verpflichtungen der Gesellschaft zu decken, oder wenn sich aus einer Bilanz ergibt, daß die Passiva die Aktiva übersteigen. Vorausgesetzt ist dabei jedenfalls eine offizielle Bilanz, die von den Geschäftsführern als solchen aufgestellt wird und von der sie amtlich Kenntnis haben. Es genügt nicht, wenn ein Geschäftsführer die Überschuldung durch gelegentliche private Zusammenstellung erkennt.[160])

Die Geschäftsführer haften der Gesellschaft hier für alle nach diesem Zeitpunkt namens der Gesellschaft geleisteten, dem Gesellschaftsvermögen entnommenen Zahlungen. Eine Schädigung der Gesellschaft ist nicht erforderlich; es ist einfach Pflicht der Geschäftsführer, das Gesellschaftsvermögen in den Zustand zurückzubringen, in dem es im Falle der rechtzeitigen Konkurseröffnung die Konkursmasse gebildet hätte. Hierdurch unterscheidet sich die Haftung ganz wesentlich von der des § 43.

In der Regel werden sämtliche Geschäftsführer von der Zahlungsunfähigkeit oder von der die Überschuldung ergebenden Bilanz Kenntnis haben, oder ihre Unkenntnis durch Fahrlässigkeit verschuldet haben, so daß sie also die Unterlassung des Konkursantrags verschuldet haben. Doch ist das Gegenteil denkbar, z. B. wenn ein Geschäftsführer von den anderen über die Sachlage getäuscht wird. Nach § 64 hat es nun allerdings den Anschein, als sei die Ersatzpflicht der Geschäftsführer von ihrer Kenntnis der Krisis ganz unabhängig. Dies wird jedoch schon aus Gründen der Billigkeit zu verneinen

---

[159]) So Staub § 64 Anm. 2; Förtsch Anm. 2; Parisius-Crüger Anm. 2; Birkenbihl Anm. 1.

[160]) Richtig Neukamp S. 195; ähnlich Förtsch § 64 Anm. 2 und Liebmann Anm. 1, 2; a. M. Staub § 64 Anm. 4.

sein, da sonst eine derartig weitgehende Haftung als eine ganz unverständliche Härte erschiene.[161])

Für die Richtigkeit der Annahme, daß das Gesetz stillschweigend voraussetzt, daß die Geschäftsführer die Krisis kannten, spricht besonders der Umstand, daß § 241 HGB. die Unterlassung des Konkursantrags bei der Aktiengesellschaft ausdrücklich als Sonderfall der Pflichtverletzung hinstellt (ähnlich wie im § 43 Abs. 3 des Gesetzes). Ferner spricht auch die Fassung der Strafvorschrift in § 84 dafür, wonach die bloße Erfüllung des Tatbestands des § 64 die Strafbarkeit begründet, ohne daß ausdrücklich noch ein Verschulden verlangt wird; nur derjenige, bezüglich dessen festgestellt wird, daß der Antrag ohne sein Verschulden unterblieben sei, soll straflos bleiben. Eine solche weitgehende Schuldpräsumption läßt sich überhaupt nur dann billigerweise rechtfertigen, wenn § 64 stillschweigend von der Voraussetzung einer Kenntnis der Krisis ausgeht. § 84 Abs. 3 würde sich dann also nur auf den Fall beziehen, daß ein Geschäftsführer trotz Kenntnis der Krisis an der Unterlassung des Antrags schuldlos ist, z. B. weil er sich auf die Zusicherung eines anderen Geschäftsführers verließ, daß dieser die Anmeldung bewirken werde.

Die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Krisis begründet aber auch schlechthin für jeden Geschäftsführer die Pflicht zum Konkursantrag. Wenn ein Geschäftsführer diese Pflicht verletzt, so verschuldet er es mit, auch wenn andere Geschäftsführer unabhängig von ihm noch Zahlungen leisten, denn er war ja in der Lage, das durch Erfüllung seiner Pflicht zu verhindern. Deshalb muß die Ersatzpflicht nach § 64 Abs. 2 alle Geschäftsführer treffen, nicht nur die, welche die Zahlungen geleistet haben.[162]) Das Gesetz schreibt ja ausdrücklich vor, daß die Geschäftsführer zum Ersatz „aller geleisteten Zahlungen", nicht nur der von ihnen geleisteten Zahlungen verpflichtet sind. Auch hier wird ohne weiteres gesamtschuldnerische Haftung aller ersatzpflichtigen Geschäftsführer anzunehmen sein.

Auch auf diesen Ersatzanspruch finden nach § 64 die in § 43 Abs. 3 bezeichneten, oben zu 1a und b erläuterten Grundsätze Anwendung.

---

[161]) Staub § 64 Anm. 6. Auch Liebmann Anm. 3 setzt Verschulden voraus.

[162]) Staub § 64 Anm. 8.

Die schuldhafte Unterlassung des Konkursantrags stellt selbstverständlich auch eine Pflichtverletzung nach § 43 Abs. 2 dar und verpflichtet die Geschäftsführer solidarisch auch zum Ersatz jedes weiteren, durch diese Unterlassung der Gesellschaft entstandenen Schadens.[163])

Alle Schadensersatzansprüche der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren (§§ 9, 43, 64). Die Frist beginnt im Falle des § 9 mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, im Falle des § 57 mit der Eintragung der Erhöhung des Stammkapitals, wie sich aus entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 3 ergibt, im Falle des §§ 43 und 64 mit der schuldhaften Handlung oder Unterlassung. Für die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Auch die im § 225 BGB. zugelassene vertragsmäßige Abkürzung der Frist ist hier zulässig. Da eine solche Vereinbarung aber in gewissem Umfange einen Verzicht der Gesellschaft auf ihren Ersatzanspruch enthält, ist sie insoweit unwirksam, als Verzichte der Gesellschaft nach dem oben Ausgeführten unwirksam sind.

In allen diesen Fällen besteht eine Haftung der Geschäftsführer nur gegenüber der Gesellschaft auf Grund des zwischen ihnen bestehenden gesellschaftsrechtlichen Vertragsverhältnisses. Den Gesellschaftern haften die Geschäftsführer an sich nicht, da sie diesen gegenüber überhaupt in keinem vertragsmäßigen Verhältnisse stehen. Doch ist denkbar, daß sie ihnen aus dem Gesichtspunkt außerkontraktlichen Verschuldens haften, und zwar nach § 823 BGB. Es muß aber dann auch hier wieder eine Handlung vorliegen, die dem Gesellschafter gegenüber unmittelbar den Tatbestand einer unerlaubten Handlung darstellt. Eine Schädigung der Gesellschaft, die mittelbar auch eine Schädigung der Gesellschafter enthält, genügt nicht. Vielmehr muß der Geschäftsführer entweder unmittelbar schädigend in die Rechte des Gesellschafters eingegriffen haben, oder er muß schuldhaft gegen eine zum Schutze des einzelnen erlassene Gesetzesvorschrift verstoßen haben.[164])

---

[163]) Birkenbihl § 64 Anm. 2.

[164]) Staub § 43 Anm. 25, 26 sehr eingehend, s. daselbst auch zutreffende Beispiele.

Nur in einem Falle gibt das Gesetz den Gesellschaftern einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch auf Grund des gesellschaftlichen Verhältnisses gegen die Geschäftsführer. Nach § 31 haften für etwa erfolgte, nach § 30 unzulässige Zahlungen, die das Stammkapital der Gesellschaft schmälern, sämtliche Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile der Gesellschaft, falls von dem Empfänger jener Zahlung kein Ersatz zu erlangen, der Ersatz aber zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Nach § 31 Abs. 5 kann jeder Gesellschafter, der auf diese Weise Ersatz hat leisten müssen, gegen diejenigen Geschäftsführer als Gesamtschuldner Rückgriff nehmen, denen in betreff der unzulässigen Zahlung ein Verschulden zur Last fiel. Es liegt hier einfach ein gesetzlicher Übergang der zunächst der Gesellschaft nach § 43 Abs. 3 zustehenden Ersatzforderung auf diejenigen Gesellschafter vor, die mit den Geschäftsführern zusammen der Gesellschaft solidarisch hafteten und nun auf Grund ihrer Leistung Ausgleichung von den Geschäftsführern verlangen können (§ 426 Abs. 2 BGB.).

Im übrigen steht der Annahme nichts im Wege, daß die Gesellschaft ihre Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsführer, die rein vermögensrechtlicher Natur sind, an jeden Dritten und also auch an einzelne Gesellschafter abtreten kann.

§ 18.

Die Rechte der Geschäftsführer gegen die Gesellschaft.

Solange nicht das zwischen der Gesellschaft und den Geschäftsführern bestehende Anstellungsverhältnis ordnungsmäßig beendigt ist, hat jeder Geschäftsführer ein Recht auf die Ausübung der ihm übertragenen Befugnisse. Er wird es, wenn etwa das Widerrufsrecht der Gesellschaft ihm gegenüber in formell ordnungswidriger Weise geltend gemacht worden ist, etwa ohne gültigen Beschluß der Gesellschafter sogar im Klagewege geltend machen können, und zwar im Wege der Feststellungsklage (s. oben S. 93), andererseits kann er ebenfalls auf Fortbestehen seines Amts klagen, wenn das Widerrufsrecht auf den Fall eines wichtigen Grunds beschränkt ist, und der Widerruf zwar formell richtig erfolgt ist,

der davon betroffene Geschäftsführer aber das Vorhandensein eines wichtigen Grundes bestreitet.[165]) Gerade in diesem Falle kann eine ungerechtfertigte Abberufung eine solche Schädigung des kaufmännischen Rufs des Abberufenen enthalten, daß ihm unbedingt hiergegen ein Rechtsbehelf zustehen muß und der ihm etwa vorbehaltene Anspruch auf entgangene Vergütung ihm keine hinreichende Genugtuung geben kann.

Von den Rechten, die den Geschäftsführern innerhalb des Anstellungsverhältnisses gegen die Gesellschaft zustehen, sagt das Gesetz fast nichts. Doch ergeben sich aus § 27 Abs. 3 BGB. einige wichtige, den Vorschriften über den Auftrag zu entnehmende Sätze. Danach haben die Geschäftsführer vor allem nach § 670 BGB. einen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen, die sie aus Anlaß ihrer Geschäftsführung gemacht haben und den Umständen nach für erforderlich halten durften. Ebenso können sie nach § 669 für erforderliche Aufwendungen Vorschuß verlangen. Letzteres dürfte allerdings nur dann praktisch werden, wenn die Geschäftsführer die Kassenverwaltung nicht selbst haben.

Der wichtigste Anspruch der Geschäftsführer ist aber der auf Vergütung für ihre Tätigkeit, falls durch den Gesellschaftsvertrag oder durch besondere Abmachung eine solche festgesetzt ist. Eine allgemeine Bestimmung, wonach eine Vergütung zu zahlen sei, enthält das Gesetz nicht, sondern gedenkt der Vergütung überhaupt nur an einer, später noch zu besprechenden Stelle. Es ist deshalb dem Willen beider Teile freigestellt, ob eine Vergütung gezahlt werden soll. Die Vergütung kann in einem festen Gehalt wie auch in einem bestimmten Gewinnanteil bestehen, der den Geschäftsführern als Vorzugsdividende zufallen soll; auch beides nebeneinander ist selbstverständlich zulässig.

Eine gesetzliche Präsumption darüber, ob eine Vergütung als vereinbart anzunehmen sei oder nicht, besteht nicht; insbesondere ist § 662 BGB., der für Unentgeltlichkeit spräche, nach § 27 Abs. 3 nicht mit anzuwenden. Deshalb ist es eigene Angelegenheit des

---

[165]) So Neukamp § 38 Anm. 5; Liebmann Anm. 4; Parisius-Crüger Anm. 1; Birkenbihl S. 204; Entsch. d. RG. Bd. 44 S. 95; a. M. Staub § 38 Anm. 5 und Merzbacher Anm. 3.

Geschäftsführers, sich bei seiner Anstellung einer Vergütung zu vergewissern, wenn er seine Kräfte der Gesellschaft nicht unentgeltlich zur Verfügung stellen will.

Allerdings ist nicht zu verkennen, daß im einzelnen Falle Umstände vorliegen können, aus denen zu entnehmen ist, daß es bei der Anstellung im Willen beider Vertragsteile lag, daß eine Vergütung gewährt werden solle.[166]) Dies wird besonders dann gelten, wenn das Geschäftsführeramt die Tätigkeit seines Inhabers vollständig in Anspruch nimmt und er deswegen keinen andern Erwerb hat. Auch die Festsetzung eines Konkurrenzverbots im Gesellschaftsvertrage dürfte mit unbesoldeter Amtsführung kaum vereinbar sein. In der Praxis wird wohl immer durch ausdrückliche Vereinbarung über diesen wichtigsten Punkt Klarheit geschaffen werden.

Wie schon oben (§ 16) bemerkt, bewirkt die Vereinbarung einer Vergütung, daß das Anstellungsverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Dienstvertrage des bürgerlichen Rechts gewinnt und deshalb die analoge Anwendung einer Reihe Bestimmungen über diesen rechtfertigt. Insbesondere wird nach § 614 BGB. zu folgern sein, daß im Zweifel die Vergütung nachträglich, und insbesondere, wenn sie nach Zeitabschnitten bemessen ist, am Ende der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist. Ferner geht der Geschäftsführer nach § 616 im Zweifel seines Anspruchs nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Dagegen würde die Anwendung von § 619, der im wesentlichen (ebenso wie §§ 617, 618) der sozialen Fürsorge für den wirtschaftlich schwächeren Dienstnehmer entsprungen ist, bei der in dieser Beziehung grundverschiedenen Stellung des Geschäftsführers nicht am Platze sein.

Endlich ergeben sich aus den Vorschriften über den Dienstvertrag wichtige Gesichtspunkte für die Frage, wann bei Endigung des Geschäftsführeramts die Vergütung abläuft.

Bei der Beendigung durch Zeitablauf oder Tod des Geschäftsführers endigt das Recht auf die Vergütung gleichzeitig. Wenn

---

[166]) So Lehmann, Aktienges. II S. 250 f.

auf einer oder auf beiden Seiten ein vertragsmäßiges Kündigungsrecht mit bestimmter Frist vereinbart ist, so ist der Ablauf der Frist für den Wegfall der Vergütung maßgebend.

Für den Fall des Widerrufs nach § 38 kann im Gesellschaftsvertrag oder bei der Anstellung eine besondere Bestimmung darüber getroffen werden, wie es dann mit der Vergütung gehalten werden soll. Es kann bestimmt werden, daß die Vergütung noch einen bestimmten Zeitraum fortgewährt werden soll oder daß sie mit dem Zeitpunkt der Abberufung sofort in Wegfall kommen soll. Im letzteren Falle kann der Geschäftsführer, soweit er befugt ist, den Widerruf anzufechten und auf Wiedereinsetzung in sein Amt zu klagen, auch einen weiteren Vergütungsanspruch geltend machen. Für die streitige Zeit ist dann § 615 BGB. entsprechend anzuwenden.

Eine besondere Erörterung bedarf aber der Fall, wenn für den Fall des Widerrufs über den Wegfall der Vergütung nichts besonders vereinbart ist. § 38 des Gesetzes sagt: Die Bestellung der Geschäftsführer ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen. Das heißt: Durch den Widerruf soll ein bestehender Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung, die der Geschäftsführer auf Grund des Anstellungsverhältnisses fordern kann, nicht berührt werden. In den entsprechenden Bestimmungen des alten HGB. (Art. 54 und 227) ist die gleiche Fassung „unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen" im neuen Handelsgesetzbuch durch die Worte „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung" ersetzt worden (§§ 55 und 231); der gleichen Ausdrucksweise bedient sich auch BGB. in § 27 Abs. 2. Die neue Fassung ist ersichtlich ganz gleichbedeutend, nur zeigt sie klarer, welche Art Ersatzanspruch gemeint ist.

An sich scheint ja die Fassung des § 38 für die Richtigkeit der Annahme zu sprechen, daß das Gesetz doch einen besondern zivilistischen Vertrag neben dem gesellschaftsrechtlichen Anstellungsverhältnisse annehme, so daß der Widerruf nur dieses auflöse, jenen aber bei Bestand lasse. Diese Annahme aber erscheint nicht haltbar. Denn jene Vergütung ist eine solche für die gesamte Amtsführung einschließlich der ganzen durch die Vertretung und Verwaltung bedingten Tätigkeit; fällt nun mit der Lösung des gesellschaftsrechtlichen Ver-

hältnisses der wichtigste und bedeutendste Teil dieser Tätigkeit weg, so würde es doch im höchsten Maße unbillig erscheinen, wenn für den Rest von Tätigkeit, der etwa auf Grund des Dienstvertrags dem abberufenen Geschäftsführer noch übrig bliebe, die gleiche Vergütung weiter bestehen bleiben sollte. Um so mehr kann also der Sinn der Bestimmung in § 38 nur der sein, daß durch den Widerruf die vertragsmäßige Vergütung, die sich aus dem bisher zwischen den Parteien bestanden habenden Anstellungsverhältnisse ergibt, nicht berührt werden soll.

Es endigt also mit dem Widerruf das gesamte innere Vertragsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft, und nur der Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung bleibt an sich zunächst unberührt,[167]) soweit ein solcher sich aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse ergibt.

Ob und wie lange ein solcher Anspruch läuft, läßt sich (wenn der Gesellschaftsvertrag oder der Anstellungsvertrag hierüber keine Bestimmung trifft), wieder nur durch analoge Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag feststellen. Dabei ist also zunächst festzustellen: Ist der Widerruf durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt, so ist nach §§ 626, 628 BGB. die Vergütung nur für die Zeit der tatsächlich geleisteten Dienste, also bis zum Zeitpunkt des Widerrufs, zu entrichten; ein Grund zur Weiterzahlung über diesen Zeitpunkt hinaus besteht nicht. Im Gegenteil ist sogar eine im voraus gezahlte Vergütung zurückzuzahlen, wenn der Geschäftsführer den Abberufungsgrund zu vertreten hat; andernfalls ist sie nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten.

Liegt hingegen kein wichtiger Grund vor, so kommen auf den Lauf der Vergütung die Vorschriften über die Kündigung des Dienstvertrags zur Anwendung. Eine Kündigung ist natürlich in der Widerrufserklärung selbst zu finden, da diese ja rechtlich das Anstellungsverhältnis beendet und damit den Rechtsgrund des Vergütungsanspruchs aufhebt. Wenn das Geschäftsführeramt die Erwerbstätigkeit des Geschäftsführers vollständig oder hauptsächlich in

---

[167]) So insbes. Lehmann a. a. O. S. 250; Goldmann § 231 Anm. 25, 26; Parisius-Crüger S. 181; Liebmann § 38 Anm. 2.

Anspruch nahm, so richtet sich der Ablauf der Frist nach § 622 BGB., andernfalls nach § 621.

Diese beschränkte Fortdauer des Rechts auf Vergütung über die Endigung des Amts hinaus entspricht einem wirtschaftlichen Bedürfnisse; denn es wäre höchst unbillig, wenn ein Geschäftsführer, dessen Lebensunterhalt vielleicht ganz von der Vergütung abhängt, plötzlich eines von ihm gar nicht verschuldeten Umstandes wegen abberufen würde und damit sofort sein gesamtes Einkommen verlöre.

Die Fortdauer des Rechts auf Vergütung nach § 38 gilt also gerade dann, wenn eine solche Fortdauer für den Fall des Widerrufs nicht ausdrücklich vereinbart worden ist. Denn die Fortdauer einer für diesen Fall ausdrücklich vereinbarten weiteren Vergütung wäre selbstverständlich, auch ohne daß das Gesetz es sagte. Ebenso kann das Gesetz auch nicht etwa gemeint haben, daß der Anspruch auf die bis zum Zeitpunkte des Widerrufs tatsächlich verdiente Vergütung unberührt bleibe, denn auch dies wäre ohne besondere gesetzliche Bestimmung selbstverständlich.

Ein besonderes Recht der Geschäftsführer ist hier noch zu erwähnen: das Recht auf Entlastung. Da das Gesetz die Entlastung offenbar als einen regelmäßigen, selbstverständlichen Akt des Gesellschaftslebens ansieht (vgl. § 46 Ziff. 5), wird man den Geschäftsführern ein Recht auf Entlastung nicht versagen können, wenn die Voraussetzungen, d. h. ordnungsmäßige Geschäftsführung und Rechenschaftsablegung, vorhanden sind. Es steht auch nichts im Wege, daß die Geschäftsführer das Recht gegebenenfalls im Klagewege durchsetzen können.[168])

Die Entlastung findet regelmäßig bei der Beendigung des Amts statt und außerdem meist bei Feststellung der Jahresbilanz; doch kann für den letzteren Fall der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmen. Die Geschäftsführer müssen der Gesellschaft zuvor Rechenschaft ablegen. Dies wird zweckmäßig mit der Vorlegung der Bilanz verbunden werden. Scheidet ein Geschäftsführer

---

[168]) So Staub § 46 Anm. 25; Parisius-Crüger Anm. 6; Merzbacher Anm. 5; Liebmann Anm. 9; Birkenbihl § 47 Anm. 7.

im Laufe des Geschäftsjahres aus dem Amte, so hat er besonders Rechenschaft abzulegen; seine Pflicht dazu ergibt sich aus entsprechender Anwendung des § 666 BGB.

In der Feststellung der Jahresbilanz liegt an sich noch keine Entlastung der Geschäftsführer für die vorhergehende Geschäftsführungsperiode. Denn es wird jeder Geschäftsführer einzeln entlastet, und es kann sehr wohl eine von sämtlichen Geschäftsführern aufgestellte Bilanz richtig sein, obwohl sich ein einzelner Geschäftsführer grobe Verstöße hat zuschulden kommen lassen, die eine spätere Ersatzpflicht seinerseits nicht ausgeschlossen erscheinen lassen.[169])

Die Entlastung geht von der Gesellschaft aus, denn diese ist es, der die etwaigen Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführer zustehen. Sie wird den Geschäftsführern gegenüber, wie in allen inneren Rechtsbeziehungen, durch die Gesellschaftergesamtheit vertreten. Diese beschließt nach § 46 Ziff. 5 über die Entlastung und hat sie auch den Geschäftsführern zu erklären. Bei der Beschlußfassung haben die zu Entlastenden kein Stimmrecht (§ 47 Abs. 4).

Die Entlastung enthält die Erklärung, daß die Gesellschaft aus der vorangegangenen Geschäftsführungsperiode keine Ansprüche mehr gegen die Geschäftsführer aus etwaigen Pflichtverletzungen habe. Ihre Wirkung ist also ein Verzicht auf etwaige Ersatzansprüche. Soweit ein solcher Verzicht nach §§ 9, 43, 64 den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam ist, ist auch die Entlastung unwirksam. Im übrigen werden aber auch diejenigen Ersatzansprüche von ihr betroffen, die bei der Prüfung des Rechenschaftsberichts unentdeckt geblieben sind, denn es war Sache der Prüfenden, die Prüfung so sorgfältig zu gestalten, daß alle Verstöße entdeckt werden mußten. Nur wenn der Gesellschaft irreführende Unterlagen vorgelegt worden waren, oder die Geschäftsführer böswillig ihre Pflichtverletzungen verschleiert oder verheimlicht haben, kann die Gesellschaft ihre Entlastungserklärung nach den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Irrtum und Betrug anfechten.[170])

---

[169]) So Parisius-Crüger § 46 Anm. 6; Staub Anm. 23; a. M. Liebmann Anm. 9; Förtsch Anm. 2. Auch Entsch. des RG. 12, 77 spricht für obige Annahme.

[170]) So Förtsch § 46 Anm. 10; Staub Anm. 29.

§ 19.

V. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsführer.

Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsführer enthält das Gesetz einige Vorschriften in §§ 82—84, die keine Besonderheiten bieten.

Insbesondere werden Geschäftsführer bestraft, wenn sie die bei der Anmeldung der Gesellschaft selbst oder der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals abzugebenden persönlichen Versicherungen (§ 8 Abs. 2, § 57 Abs. 2, § 58 Ziff. 4) wissentlich falsch abgeben (§ 82 Ziff. 1, 2).[171] Ferner machen sie sich strafbar, wenn sie in einer öffentlichen Mitteilung die Vermögenslage der Gesellschaft wissentlich unwahr darstellen oder verschleiern (§ 82 Ziff. 3). Die Strafe ist in diesen Fällen Gefängnis bis zu einem Jahre und daneben Geldstrafe bis zu 5000 Mk.; zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Ferner machen sich die Geschäftsführer strafbar, wenn sie im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder der aus einer Bilanz sich ergebenden Überschuldung der Gesellschaft den Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen unterlassen. Wie oben (S. 102) ausgeführt, setzt der Tatbestand eine Kenntnis oder durch Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis der Zahlungseinstellung oder Überschuldung voraus. Doch bleiben dabei diejenigen Geschäftsführer straflos, be-

[171]) Der Ansicht Haases (S. 57), daß in diesem Falle zugleich intellektuelle Urkundenfälschung vorliege (§ 271 StGB.) und bei eigennütziger Absicht demnach § 272 StGB. anzuwenden sei, kann nicht beigestimmt werden, weil die fraglichen Tatsachen nicht öffentlich beurkundet werden. Beurkundet wird im Handelsregister überhaupt nicht der materielle Inhalt der Eintragungen, sondern nur die Anmeldung.

züglich deren festgestellt wird, daß der Antrag ohne ihr Verschulden unterblieben ist. Die Strafe ist Gefängnis bis zu drei Monaten und daneben Geldstrafe bis zu 1000 Mk.; bei mildernden Umständen tritt ausschließlich die Geldstrafe ein (§ 84).

Wenn die G. m. b. H. ihre Zahlungen eingestellt hat oder über ihr Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, so finden auf die Geschäftsführer die Strafvorschriften der Konkursordnung in §§ 239—241 Anwendung, wenn sie in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer eine der dort mit Strafe bedrohten Handlungen vorgenommen haben. § 83, der dies vorschreibt, enthält nur eine notwendige aber so gut wie selbstverständliche Ergänzung des § 244 KO.

Im übrigen unterliegen die Geschäftsführer natürlich den allgemeinen Strafgesetzen. Besonders hervorzuheben ist noch, daß das in § 312 HGB. enthaltene, auf den Vorstand der Aktiengesellschaft bezügliche Strafgesetz über die Untreue auf die Geschäftsführer nicht zur Anwendung kommen kann. Wohl aber können sie sich der Untreue nach § 266 Ziff. 2 des StGB. schuldig machen.[172]) Denn der dort aufgestellte Begriff der „Bevollmächtigten" umfaßt alle Personen, denen eine rechtliche Verfügungsmacht über Forderungen oder andere Vermögensstücke eines andern Subjekts durch rechtsgeschäftliche Handlung übertragen ist, also auch die organschaftlichen Vertreter eines Vereins, und findet seine Grenze nicht an den Grenzen der Vollmacht des bürgerlichen Rechts.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß § 12 des Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. 7. 1896 mehrere der Strafvorschriften dieses Gesetzes für die Geschäftsführer einer G. m. b. H. für anwendbar erklärt, wenn diese die fraglichen Handlungen in Ansehung von fremden, der Gesellschaft anvertrauten Wertpapieren begangen haben. Sie werden nach § 9, wenn sie über solche Papiere in eigenem Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt haben, soweit nicht Unterschlagung im Sinne des § 246 vorliegt, mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu 3000 Mk., wahlweise oder nebeneinander, bestraft. Das gleiche gilt, wenn sie einem Dritten

---

[172]) Entsch. des RG. in Strafsachen Bd. 7 S. 279 für den Vorstand der Aktiengesellschaft; a. M. Binding, Strafrecht, besondrer Teil 1 S. 399.

die Papiere ausantworten, ohne ihm mitzuteilen, daß sie fremdes Eigentum seien (§ 9 Abs. 2). Ferner gelten für den Fall, daß die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hat oder in Konkurs geraten ist, die Vorschriften der §§ 10 und 11 des Gesetzes. Danach werden sie in diesem Falle mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie den Aussonderungsanspruch eines Dritten hinsichtlich der Wertpapiere dadurch gefährdet haben, daß sie den in §§ 1, 3 oder 5 des Gesetzes erlassenen Aufbewahrungsvorschriften vorsätzlich zuwidergehandelt haben. Sie werden mit Zuchthaus bestraft, wenn sie im Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft sich fremde Wertpapiere, die der Gesellschaft anvertraut waren, rechtswidrig zugeeignet haben. Die Anwendung dieser, in erster Linie nur für den Einzelkaufmann in bezug auf seine eigenen Handlungen geltenden Strafvorschriften auf die G. m. b. H. ergibt und rechtfertigt sich aus deren Kaufmannseigenschaft; daß sie bei dieser auf die Handlungen der Geschäftsführer angewandt werden, obwohl diese persönlich als solche nicht Kaufleute sind, beweist, daß ihre Handlungen vom Gesetze als Handlungen der Gesellschaft, mithin als Organhandlungen angesehen werden.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.